Ill.mo Sig.r Avvocato Vincenzo Salvagnoli

A DIFESA

DEL SIGNOR

GAETANO TREBBI

NEL GIUDIZIO DI APPELLO

RIASSUNTO

INNANZI

ALLA

CORTE REGIA DI LUCCA

IN SEQUELA DEL DECRETO

DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

de' 29 Settembre 1854,

MEMORIA

DELLO AVVOCATO

NICCOLÒ CARLO MARISCOTTI

FIRENZE

1855.

MEMORIA

IN CAUSA

TREBBI E CARUANA

A DIFESA

DEL SIGNOR

GAETANO TREBBI

NEL GIUDIZIO DI APPELLO

RIASSUNTO

INNANZI

ALLA

CORTE REGIA DI LUCCA

IN SEQUELA DEL DECRETO

DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

de' 29 Settembre 1854.

MEMORIA

DELLO AVVOCATO

NICCOLÒ CARLO MARISCOTTI

FIRENZE
TIPOGRAFIA EMILIO TORELLI

1855.

ILLUSTRISSIMI SIGNORI

CAV. PRESIDENTE E CONSIGLIERI

Se è debito dello Avvocato di difendere e di raccomandare fervorosamente le cause tutte, delle quali egli si è assunto il peso; e se in pari tempo è debito del Giudice, dalla cui Coscienza e Dottrina ne dipende la risoluzione, di tutte attentamente esaminarle e ponderarle, parmi tuttavia, o Signori, che vi sieno certi casi speciali, nei quali e l'Avvocato ed il Giudice devono porre maggiore studio ed assiduità; imperocchè, se le quistioni e le liti interessano sempre le parti, che le promovono o le sostengono, vi sono certe quistioni, le quali presentano un certo interesse pubblico, in quantochè dal vedere accolta o rigettata una massima od un principio così possa l'utile generale avvantaggiarsene, come riceverne nocumento grandissimo.

E di siffatta maniera è la Causa, ch' io oggi ho l'onore di difendere, ed a Voi, o Signori, ed alla Dottrina ed Integrità vostre grandissime raccomandare. Causa che, vertendo sul tema delle servitù, materia di pubblico interesse, si vide riserbato finora un vario destino, perchè vittoriosa dapprima, soccombente dipoi, trionfò innanzi alla Corte Suprema di Cassazione, che alle molte sue Glorie quella unisce di aver salvato la Giurisprudenza Toscana da una massima strana ed insolita, cui forse vaghezza di novità voleva innestarle.

Rinviati per la definitiva risoluzione della controversia innanzi a Voi, o Signori, vi ci presentiamo con fiducia, sì perchè la Causa è giusta; sì perchè Voi siete Integerrimi e Dotti. Alla vostra giustizia dunque la raccomando; come alla vostra Benignità offro questo mio scritto, quale ch'egli sia, certo che con la consueta cortesia vostra lo accoglierete, e ne librerete nella vostra coscienza forse le male esposte, ma certo le intrisecamente robuste e poderose ragioni.

PARTE PRIMA

---

§ I.

Storia Compiuta della Causa.

L'Ordine Equestre di S. Giovanni in Gerusalemme, con tanta gloria vissuto fino agli ultimi tempi, era possessore in Toscana di vasto e ricchissimo Patrimonio, imperocchè contava e Priorati e Commende pinguissime. Non ultima fra queste era quella fondata in Firenze sotto il titolo di S. Iacopo in Campo Corbolini, la quale, oltre fertilissimi poderi, aveva in proprietà moltissime case, che di varia grandezza e valore erano meglio che cento. Tali case, esistente l'ordine Gerosolimitano in Toscana, od erano state alienate a livello, o si tenevano in amministrazione dal Commendatore. Ai 19 Luglio 1808 la Giunta Imperiale francese dichiarò soppresso

l'ordine Gerosolimitano, ed i beni, che ne formavano il patrimonio, passarono in proprietà del Demanio Imperiale. — Avvenuta nel 1814 la Restaurazione dell'antico Governo Granducale in Toscana, le morte cose si risuscitarono, ma non però l'ordine di Malta, i cui beni a' 23 Settembre 1819 furono dalla Amministrazione del Demanio, rappresentata dal suo direttore Sig. Avvocato Domenico Nelli Ciani alienati mediante concessione livellare al fu sig. Gio. Battista Caruana, autore del presente avversario Sig. Giovacchino.

L'enfiteuta, poco tempo appresso alla ottenuta concessione, alienò buona parte del suo nuovo acquisto, vendendo molte di quelle case, che formavano la dote della Commenda Corbolina, a varii acquirenti. E fra queste a' 19 Maggio 1820 due, contigue l'una all'altra, ne vendè ad un Sig. Giuseppe Rafanelli, carrozziere di professione, mediante il pagamento di Scudi 520, e con una corresponsione annua di canone ratizzato in lire centodiciotto. Le quali due casette giova conoscere come fossero descritte nel precitato Istrumento Pubblico de' 19 Maggio 1820 a' rogiti del Regio Notaro e Procuratore Ser Carlo Redi.

« N.º 3. Casa in Borgo Corbolini. *Segnata di Numero 3. Commendale, Popolo suddetto composta di un terreno con Rimessa, Corte, due Stalle, Capanna, Magazzino e due piani superiori formanti numero sette stanze, confinata a primo da detta via, secondo Chiesa di S. Iacopo, terzo orto e casa di detta Commenda salvo*

se altri ec. Con decima di fiorini uno e soldi diciotto, e col Canone ratizzato di lire Settantaquattro e soldi dieci, il piano terreno del quale stabile era prima destinato ad uso di Compagnia, e quindi ad uso di Rimessa e di Stalla.

« *Item il dominio utile di altra casa contigua alla suddetta, che parimente in detto Contratto di livello* (cioè de' 23 Settembre 1819) *leggesi descritta e confinata come appresso:*

« N.° 4. Casa contigua alla suddetta; *marcata di Numero quattro Commendale; composta di numero quattro Piani compreso il terreno, facienti in tutto numero 10 stanze da terra a tetto con comodo di Cammino e Acquaio a ciascun piano, e resta confinata a primo da detta Via di Borgo Corbolini, secondo, terzo e quarto dalla Commenda, salvo se altri ec.*

Di tali due case pertanto il Sig. Giuseppe Rafanelli si fece compratore dallo enfiteuta Sig. Gio. Battista Caruana: e siccome la sua professione era, come avvertivasi or ora, di Carrozziere, quella parte di fabbrica, che nella descrizione fattane dal Contratto vedesi essere stata anticamente luogo destinato ad uso sacro, quindi stalla e rimessa, fu da esso rivolta a laboratorio di carrozze.

Giova alla perfetta intelligenza delle cose successe avere una particolareggiata descrizione di questa parte di fabbrica.

Le case acquistate erano composte di due corpi irregolari; divisi l'uno dall'altro mediante un cortile interposto: — il primo avea la parte anteriore sulla strada di Borgo Corbolini; e la

posteriore sul cortile: — il secondo avea la facciata sul cortile; ed il tergo sopra un Orto vastissimo formante esso pure parte della Commenda, epperò della concessione livellare fatta al Sig. Caruana, il quale lo ritenne in sua proprietà insiemementе alla casa della Commenda da esso tolta per sua abitazione.

Questo secondo corpo era quello pertanto, che anticamente serviva al culto divino; poi ad abitazione di bestie; quindi a deposito di vetture: e tutto questo corpo consisteva in un solo ampio stanzone da terra a tetto; alto braccia dodici e centesimi quarantacinque; con tetto avente assoluto declivio sull'orto del Sig. Caruana, ed illuminato da tre finestroni di foggia antica, serrati nello imbotte, e di varie grandezze fra loro (1); perocchè uno era alto, braccia due e centesimi cinquanta, mentre largo braccia uno e sessantacinque centesimi: l'altro alto, braccia due e novantotto centesimi; largo braccia uno e sessantanove centesimi; infine, il terzo alto braccia tre; e largo braccia due e cinquanta centesimi.

Questa porzione di fabbrica godeva di varie servitù sull'orto sottostante, ed erano le appresso. Non solamente le acque pluviali avevano il loro stillicidio sul medesimo, ma ne venivano la più parte raccolte da una doccia, e da questa scaricate sul terreno adiacente: quindi

1. Servitù *stillicidii et fluminis immittendi*

(1) V. Perizia Giudiciale de'27 Agosto 1852.

a favore dello stabile sull' orto del Sig. Caruana (1).

Lo stanzone era coperto da una tettoia, la quale aveva il considerevolissimo aggetto sul terreno adiacente di un braccio e due soldi di misura toscana: quindi

2. Servitù *projiciendi* a favore della fabbrica sull'orto del Sig. Caruana (2).

Il novello compratore Sig. Rafanelli meditò, come dicevasi di sopra, di valersi dell'ampio stanzone per laboratorio di carrozze, ed in tale circostanza furono costruite alcune fucine nella parete postica, adiacente all' orto, alle quali fu dato sfogo mediante una cappa troncata a mezza parete, cosicchè, s'ignora se consenziente o quiescente il Sig. Caruana, il suo orto rimase affetto:

3. Dalla servitù *fumi immittendi* a favore dello Stabile (3).

Frattanto non è senza importanza avvertire a quella metamorfosi dello stanzone, che in poco tempo ebbe tre destinazioni:

1. L'antica destinazione, esistente fino a che i beni della Commenda Corbolina non furono indemaniati, quella destinazione, che veramente potrebbe chiamarsi del Padre di famiglia, fu quella di Oratorio, di luogo insomma destinato alla celebrazione dei divini uffici (4).

(1) Perizia Giudiciale.
(2) V. Perizia Giudiciale.
(3) V. Perizia Giudiciale.
(4) V. Contratto de' 23 Settembre 1819.

2. La seconda destinazione fu quella datagli dallo indemaniamento della Commenda Corbolina alla concessione livellare fattane al Sig. Gio. Battista Caruana, cioè di Stalla e Rimessa (1).

3. Finalmente la terza destinazione fu quella impressagli dopo lo acquisto fattone dal Rafanelli, cioè di Opificio o Laboratorio di Carrozze (2).

Descritta con tale sufficiente accuratezza la fabbrica, che nella quistione presente è interessata, è altresì necessario dare una idea dell'orto, ch'è da essa fiancheggiato.

Potrebbe taluno sulle prime farsi un concetto di una modica estensione di terreno tenuto a coltura di giardinaggio; di un recinto appartato, che il Commendatore anticamente, e poscia l'enfiteuta sig. Caruana, riserbasse quasi luogo di delizie, di amenità, di piacere; si crederebbe che presentasse in sostanza l'aspetto di uno di quei luoghi, che considerati dirimpetto allo stabile, ne sono l'accessorio, e ne crescono non pure il valore reale, ma ne aumentano altresì quel pregio, che nasce dall'affezione del proprietario. Al contrario l'Orto adiacente allo stanzone è una vasta superficie, che riquadrata dal Perito Giudiciale diè un insieme di Braccia quadre *Ventiduemila cinquecento*; pomato, vitato, tenuto a cascina; corredato di stalla e fienile, non meno che di macchina idraulica (volgar-

(1) V. Contratto de' 23 Settembre 1819.
(2) V. Contratto de' 29 Agosto 1851.

mente bindolo) per irrigarlo nella state (1); tenuto infine in affitto da un ortolano da rimotissimo tempo mediante lo sborso annuale di un Canone di affitto nella somma di Scudi ottanta fiorentini; in somma un Orto, che presenta tutti i caratteri, tutti gli estremi per qualificarlo fondo rustico, come a suo tempo si vedrà. — Nè basta avvertire a tale sua caratteristica; ma si rende eminentemente utile, anzi necessario, sapere che tale Orto è sottoposto al prospetto svariato e moltiplice di moltissime case, che lo fiancheggiano, situate nelle strade dette dell'Amore, di Valfonda, di via Nuova e di Borgo Corbolini; molte delle quali case (notisi bene) erano di proprietà della medesima Commenda Corbolina: e quel che più infine importa sapere è, che il medesimo stabile Rafanelli godeva per alcune sue finestre del prospetto sull'Orto della medesima Commenda. — Torniamo alla narrazione dei fatti.

Dallò acquirente Giuseppe Rafanelli passarono le due case, già con ingente spesa, di luride e scomposte ch'erano, ridotte ad un solo e decente fabbricato, per ragion di successione in Giovanni Rafanelli; che dopo alcuni anni, abbandonata la professione paterna, le vendè al Sig. Gaetano Trebbi, mio cliente, a'29 Agosto 1851, mediante Istrumento Pubblico a'rogiti del Notaro Michele Fabbrichesi.

Il Sig. Trebbi, non appena fatto l'acquisto, meditò di trarre un partito maggiore da queste

(1) Perizia Giudiciale de' 27 Agosto 1852.

case, e deliberò per ottenerlo di sopraedificare al secondo corpo di fabbrica, ossia allo stanzone, un comodo piano di casa. E per meglio riuscire nello intento acquistò dal vicino Sig. Pietro Cresci una piccola porzione di una casa, di antica pertinenza anch'essa della commenda Corbolini, sulla quale nulla è degno di osservazione, tranne questo; cioè, che la casa del Cresci, e specialmente la porzione vendutane al Sig. Trebbi mediante Pubblico Istrumento degli 8 Novembre 1851 rogato Fabbrichesi, godeva del prospetto sullo Orto sottostante.

E qui siamo giunti al principio della lite, nella esposizione della quale prima di addentrarci, per servire al bisogno supremo della chiarezza, stimo opportuno riepilogare per sommi capi le caratteristiche dei luoghi interessati nella disputa, e che sono le appresso.

CARATTERISTICHE DELLO STABILE DI PROPRIETÀ DEL SIG. GAETANO TREBBI.

1. Lo Stabile è fondo dominante a dirimpetto dell'Orto adiacente, ed è dominante:

A. Per la servitù *projiciendi.*
B. Per la servitù *stillicidii et fluminis.*
C. Per la servitù *fumi immittendi.*
D. Per la servitù del prospetto, non pure per quella che vi esercitava anticamente, quanto per quella che veniva ad esercitarvi

dopo l'acquisto della porzione della casa contigua del Cresci.

2. Il secondo corpo di fabbrica, ossia lo stanzone, sul quale fu edificato, subì varie trasformazioni, cioè:

A. Cappella, Oratorio o Compagnia.

B. Stalla e Rimessa.

C. Opificio o Laboratorio di Carrozze.

CARATTERISTICHE DELL' ORTO ADIACENTE DI PROPRIETÀ DEL SIG. GIOVACCHINO CARUANA.

1. L'Orto è fondo serviente dirimpetto allo Stabile del sig. Gaetano Trebbi.

2. L' Orto è fondo rustico, sebbene situato in città; ed è tenuto a coltura utile e di riprese mediante i prodotti che se ne ritraggono.

3. L' Orto è sottoposto, indipendentemente dalle altre servitù a favore dello stabile del sig. Gaetano Trebbi, al prospetto quasi universale delle molte case, che lo fiancheggiano.

Pose mano adunque il Sig. Gaetano Trebbi alla edificazione del quartiere immaginato sopra lo stanzone, che fiancheggiava l' Orto del Sig. Caruana. È ben naturale pensare, che una casa

senza finestre essendo inabitabile, il Sig. Trebbi procurasse la luce e l'aria alla sua nuova opera mediante l'apertura di due finestre nel muro tergale, che corrispondeva sull'Orto Caruana. — Il vicino si risentì a tale apertura, e pretese contestargliene il diritto, inibendo, conforme inibì, con l'atto de'24 Aprile 1852 « *di lasciare aperta* « *qualunque luce o finestra, per mezzo della* « *quale dalla porzione di fabbrica, che si su-* « *peredifica dal Sig. Trebbi, si possa, affaccian-* « *dosi, dominare l'Orto contiguo annesso alla* « *casa di proprietà del comparente.* »

Proponeva motivi dello inibire i seguenti: « *Essendo positivo che il suddetto stabile è ap-* « *partenuto in addietro al medesimo proprie-* « *tario della contigua casa con orto, che oggi si* « *possiede dal Comparente, poichè fu venduto* « *all'autore del Sig. Trebbi dal fu Sig. Gio. Bat-* « *tista Caruana, nel possesso del quale rimase la* « *contigua casa e l'orto annesso, ne deriva la con-* « *seguenza, che il comparente ha diritto d'impe-* « *dire che il Sig. Trebbi costruisca pareti con* « *finestre, dalle quali si possa dominare l'Orto del* « *comparente medesimo in ordine al disposto* « *del gius Comune nelle note Leggi Binas qui* « *Ædes e Idemque D. De Servitut. Urban.* « *præd.* (1).

Si provò poscia a corroborare questo motivo d'inibire, nascente dalla Destinazione del Padre di famiglia, con l'altro derivante dalla Consuetudine dello Statuto Fiorentino. « *Atteso-*

(1) Inibitoria de' 24 Aprile 1852.

« *chè l' Inibitoria del comparente sia giustificata*
« *altresì dalla Consuetudine introdotta in Fi-*
« *renze in ordine alla disposizione dello abolito*
« *Statuto Fiorentino nella Rubrica* 58, *Lib. IV*,
« *intitolata:* Qualiter liceat habere fœnestras etc.
« *per la quale è vietato di aprir finestre sul*
« *fondo del vicino, se non siano costruite in*
« *modo da servire soltanto ad introdurre la*
« *luce senza procurare agli abitanti della casa*
« *la comodità di affacciarsi* (1). »

Finalmente si affermò, che la inibitoria, meritava piena accoglienza anche perchè non era permesso a chicchessiasi di costituire una nuova servitù a carico del fondo altrui; ed affermavasi che nel concreto del caso una nuova servitù sarebbe venuta a costituirsi sull' Orto del sig. Caruana, e quella era *Protegendi*, chiamata *discontinua* nella specialità, la quale sarebbe venuta a indursi dallo sporgere delle persone, che si fossero affacciate alle finestre, e sarebbe quindi venuto a menomarsi quel diritto, che ogni cittadino ha pieno ed integro di voler libera l' aria *ab imo usque ad cœlum* (2).

Rispondevasi dal sig. Trebbi: che non poteva parlarsi nel concreto del caso di destinazione del Padre di famiglia, perchè, quanto era vero che per essa non si potevano alterare quelle reciproche comodità o servitù, che due sta-

(1) Scrittura de' 18 Novembre 1852.

(2) Memoria a difesa del sig. Giovacchino Caruana presentata al Tribunale di Prima Istanza di Firenze, ripetuta nelle varie Scritture fatte nel Giudizio di Appello.

bili si rendessero fra loro, oppure quelle che uno stabile potesse rendere all' altro per essere stato così disposto e preordinato da colui, che un tempo gli avea posseduti ambidue, altrettanto era falso che si potesse con la destinazione del Padre di famiglia impedire la rinnuovazione o l' alterazione di un antico edifizio non preordinato a rendere servigi ad un altro (1). Che non si poteva parlare di Consuetudine derivante dallo Statuto Fiorentino, imperocchè era un falso supposto quello di affermare, che lo Statuto proibisse finestre prospettanti sul fondo altrui, mentre solo le proibiva quando fossero ad una altezza minore di braccia dieci dal livello del suolo esterno: e poichè nella fattispecie le finestre erano elevate dal livello dell' orto adiacente meglio che braccia tredici, così non poteva loro opporsi veruna disposizione Statutaria (2). Che non poteva parlarsi di servitù discontinua *protegendi* nè in diritto, nè in fatto: non in diritto, perchè non si conosce servitù discontinua di tal sorte, richiedendosi all' effetto che di servitù *protegendi* si potesse parlare, un'opera materiale e permanente, che occupasse l' area sottoposta, semprechè su di essa riposasse, il che non verificavasi nel caso presente: non in fatto, perchè, essendo l' area sottoposta occupata permanentemente dal projetto dell' antica gronda, nulla impediva che potesse, non pure *discontinuamente* con lo affacciarsi delle

(1) Scrittura de' 17 Maggio 1852.
(2) Scrittura de' 4 Febbraio 1853.

persone, ma *continuamente* mediante opera stabile e permanente occupare, purchè non si oltrepassasse il limite dell'antico projetto (1). — Che finalmente, essendo le finestre per il Sig. Trebbi di estrema necessità, a meno che non si volesse rendere inabitabile la casa da esso con tanto dispendio sopraedificata, e non recandosi per queste il benchè menomo danno all'Orto del Sig. Caruana, doveasi la Inibitoria rivocare per ragione di equità e per il concorso della emulazione (2). — Finalmente invitava il Tribunale ad eseguire un accesso, onde rimanessero giustificate le eccezioni date contro la Inibitoria (3): accesso, che, consentito dallo avversario medesimo (4), e decretato dal Tribunale (5), ebbe luogo il tre Luglio 1853 (6), e fu susseguito da una Perizia ordinata dal Tribunale di Prima Istanza, affinchè la quistione rimanesse in ogni sua parte rischiarata (7): perizia che fu maestrevolmente eseguita, e prodotta il 27 Agosto 1852.

Alfine dopo reciproco combattimento la questione ebbe termine innanzi al Tribunale di Prima Istanza con la Sentenza de' 7 Marzo 1853,

(1) Scrittura de' 14 Dicembre 1852.

(2) Scritture de' 17 Maggio, 25 Novembre, 14 Dicembre 1854.

(3) Scrittura de' 2 Giugno 1852.

(4) Scrittura de' 4 Giugno 1852.

(5) Decreto del Tribunale di Prima Istanza di Firenze de' 15 Giugno 1852.

(6) Processo Verbale d'Accesso de' 3 Luglio del medesimo anno.

(7) Verbale d'Accesso de' 3 Luglio 1852.

la quale rivocò la Inibitoria, e coronò la difesa del Sig. Trebbi.

Di tal giudicato notevolissimo, di cui fu relatore l'onorevolissimo Sig. Auditore, oggi Consigliere Innocenzio Gigli, giova assaissimo conoscere il tenore;

« Attesochè il Sig. Caruana in appoggio della inibizione fatta al Sig. Trebbi di lasciare aperta nella porzione di fabbrica, che questi andava superedificando in contatto dell'Orto di esso Sig. Caruana, qualunque luce e finestra, per cui si potesse, affacciandosi, dominare il detto Orto, ha invocato;

« *Primo.* La regola di ragione, che vieta ad ogni proprietario d'imporre, edificando, nuove servitù sul fondo altrui, ed in particolare la servitù del protetto o protegendi.

« *Secondo.* La consuetudine speciale vigente in Firenze contraria all'apertura di tali luci o finestre.

» *Terzo.* La destinazione del Padre di Famiglia, in ordine alla quale, allorchè due fondi sono una volta appartenuti ad un unico proprietario, comunque sieno stati poi alienati in altri, s'intende tacitamente convenuto tra il venditore e l'acquirente, ch'essi rimangano in perpetuo nello stato medesimo l'uno rispetto all'altro, e che debbano prestarsi reciprocamente tutte quelle comodità e servigi, che si prestavano prima dell'alienazione, giusta i due noti testi in *Leg. Binas quis Ædes e L. Idemque D. De Servit. Urban. præd.*

« Attesochè niuno di questi principii, per

quanto veri tutti nei loro congrui casi, è apparso al Tribunale applicabile nella specie attuale.

I. *Della Regola di Ragione.*

« Attesochè, comunque in genere sia vietato allo edificante d'imporre di proprio arbitrio sul fondo altrui servitù gravanti e dannose, certo è dapprima, che tra queste non si annovera quella qualunque servitù o soggezione, che al fondo del vicino derivar possa dall'apertura di finestre nella nuova fabbrica, trovandosi all'incontro comunemente ammesso, che a ciascuno è lecito aprire luci e finestre, edificando sul proprio suolo, comunque esse guardino e dominio il fondo del vicino. *Cœpolla de Servit. Urban. prœd. cap.* 62. *n.* 1. *Annali di Giurisprudenza* 1843. *P.* 2 *col.* 61. *e* 1846. *Par.* 1. *col.* 708. E male per limitare questa giusta libertà si allega, che quando quelle luci sieno disposte in guisa, che per esse possano gli abitatori del nuovo edifizio affacciarsi e protendersi con la persona sull'area del vicino, si verrebbe con ciò ad imporre sulla medesima la servitù del *protetto* contro la regola, che vuole, che al vicino rimanga libero il godimento dell'aria del proprio suolo fino al cielo. Imperocchè in primo luogo, quando si parla della servitù *protegendi*, si contempla sempre un'opera stabile, che, dal nuovo edifizio sporgendo, occupi permanentemente l'area del vicino, comunque su di essa non riposi siccome chiaramente rilevasi dallo stesso luogo

del *Cœpolla de Servit. cap.* 62. *n.* 2. portato in obietto. In secondo luogo, allorchè questa servitù si trovi già imposta, come appunto si verifica nel caso, trattandosi non di un edifizio nuovo dai fondamenti, ma di semplice superedificazione sopra un fondo, che anche per lo innanzi sporgeva il suo tetto, e versava le sue acque sull' Orto del Sig. Caruana, niun dubbio che sia permesso allo edificante di occupare anche con nuove opere pensili l'area del vicino per quanto si protende il preesistente stillicidio ed il tetto, siccome prosegue ad insegnare il lodato *Cœpolla De Servit. Urban. præd. cap.* 62. *De fœnestra num.* 7. — Infine il Protetto, intanto solo costituendo subietto di servitù, in quanto, occupando l'aria sovrapposta al fondo serviente, che impedisca al proprietario di essa d'innalzarlo fino a quel punto, a cui l'arte umana può farlo giungere, *Surd. cons.* 137. *vers.* 6. *Politi de Novi Operis nunciat. Dec.* 6. *n.* 7, *et* 8. *Decisione della Ruota di Firenze in causa Franchini e Puccetti del* 7 *Luglio* 1835. *rel. Lami,* è palese, che non può di questa servitù farsi lamento, allorchè, come nel caso, per essere il muro contiguo del nuovo edifizio un muro di tergo, sarebbe ad ogni modo vietato al Proprietario del suolo sottostante di edificare ad immediato contatto di quello.

II. *Della Consuetudine.*

« Attesochè il tenore letterale della Rubrica 58. lib. 44. dello Statuto Fiorentino, da cui si stacca la consuetudine in secondo luogo

invocata dal signor Caruana, spiega di per sè chiaramente, che non altro si volle con quella disposizione, che provvedere alla sicurezza della proprietà, prescrivendo alcune condizioni all'esercizio del diritto di aprir finestre negli edifizi a contatto di fondi di altro proprietario; ma che non si ebbe affatto riguardo all'incomodo, che a questi fondi sottostanti potesse derivare dalla vista e dal prospetto del vicino. Imperocchè esso non limita il diritto di aprir finestre nel proprio fondo, attribuito ad ogni proprietario dal Gius Comune, se non rispetto a quei proprietarii, che non possiedono affatto terreno intorno alla loro casa, ed anco ad essi lascia la piena libertà di aprire qualunque finestra al di sopra di dieci braccia dal suolo esterno, e solo per quelle, che volessero aprirsi al di sotto di questa misura, prescrivendo che sieno ferrate nello imbotte all'appresso fine: « ivi » *quod per eam non possit ingredi vel exire.* Nè altrimenti fu questa disposizione interpetrata dalle Decisioni in Causa Banchi e Mariani del già Magistrato Supremo di Firenze, e della Corte di Cassazione riferite negli *Annali di Giurisprudenza* 1839. *part.* 1 *col.* 61; anzi esse, se ben si riguarda, ne mitigarono piuttosto il rigore, lasciando in facoltà dello edificante o di fare le finestre alte almeno tre braccia dallo interno pavimento, od altrimenti di ferrarle nello imbotte, se fossero ad un'altezza minore di dieci braccia dal suolo esterno. — « ivi » — Attesochè la sicurezza re-
« ciproca, cui hanno diritto i proprietarii dei fon-
« di urbani, abbia indotto una consuetudine in

« questa città di Firenze, che il vicino non po-
« tesse aprire luci sul fondo del vicino, se non
« che al di sopra delle tre braccia computabili
« dallo interno pavimento, e che debba ferrare
« nello imbotte qualunque altra apertura, che
« gli piacesse aprire nella parete stessa al di sotto
« delle dieci braccia computabili dal piano o li-
« vello del fondo sottoposto. » — Malamente la difesa Caruana, sofisticando su quelle Autorità, ha voluto insinuare, che non sia mai per la consuetudine particolare della città di Firenze lecito al nuovo edificante di aprire delle finestre nella propria fabbrica atte a guardare nel fondo del vicino, ma che debbano sempre essere alte per lo meno tre braccia dallo interno pavimento, e per di più ferrate nello imbotte, se alte meno di dieci braccia dal suolo, onde servire soltanto a dar luce alle stanze, e non mai al prospetto. Perchè, se meno chiara di quello, che certamente è, si fosse la discretiva tra queste due prescrizioni, fatta in quelle sentenze, ogni dubbio sarebbe ad ogni modo tolto dalla successiva *Decisione della Regia Corte* nella stessa *Causa Banchi e Mariani* (Annali 1842. Par. 2. Col. 81.), laddove, ad esentare il fondo del Banchi dalla servitù del Prospetto, che il Mariani sarebbe venuto ad imporgli, sbassando una sua finestra, che innanzi per la sua altezza dallo interno pavimento serviva solo ad introdurre la luce nella di lui casa, riconobbe la massima di ricorrere anzichè alla Consuetudine suddetta, al disposto della *Leg. Binas qui aedes*, della cui applicazione scendiamo ora a parlare.

III. *Della Destinazione del Padre di Famiglia.*

« Attesochè, per quanto ampia e forse effrenata sia la interpretazione, che la Giurisprudenza ha dato al disposto delle *Leggi Binas quis œdes e Idemque D. De servit. urban. prœd.*, essa però non è stata mai portata fino al punto d'intendere preservate tacitamente nello atto dell'alienazione tutte indistintamente le servitù ed i comodi, che in qualunque guisa si prestassero per lo innanzi i due fondi, mentre appartenevano ad uno stesso proprietario. Si è detto, è vero, e ripetuto, che i due fondi dovevano per tacito consenso delle parti rimanere perpetuamente nello stesso stato, in cui erano prima dell'alienazione, ma sempre si è aggiunto, volersi ciò allo effetto, che continuassero a prestarsi quelle utilità e quei servigi, che avevano nella disposizione stessa dei due fondi una causa continua e permanente, un segno apparente e non equivoco della loro esistenza, tale che desse esso stesso forma e quasi particolare faccia a quei fondi medesimi. Così a chiare note esprime la *Decis. 6. Tom. 4. del Tesoro Ombrosiano,* che pure è quella, che forse più di ogni altra ha esteso il valore di questa prescrizione fondata sulla destinazione del Padre di Famiglia, quella che tutte le decisioni successive e le più favorevoli all'assunto del signor Caruana seguitano come normale. *V. ivi num. 11 e segg. e specialmente n. 22 e 24. Concord. la Decis. della Corte Regia di Firenze da vedersi negli An-*

nali 1852. *p.* 2. *col.* 973. 974. *Concord. il Codice Civile Francese agli art.* 689. 691. 692. *e dietro di esso tutti gli scrittori francesi, tra i quali il Pardessus Des servitudes* §§ 288. 289. *Toullier Droit Civil tom.* 3. *pag.* 290.

« Ora come può dirsi, che la disposizione della casa acquistata dal Rafanelli e quindi dal Trebbi rispetto all' orto rimasto nel possesso del sig. Caruana annunziasse, essere stata volontà del precedente comune proprietario, che superedificando su questa casa non si aprissero finestre capaci di dare agio agli abitanti di essa di affacciarsi, e guardare sull' orto; e come può presumersi, che a ciò il Rafanellii e il Trebbi nello acquistare quella casa intendessero di tacitamente obbligarsi? Qual era il segno esterno e permanente, che di ciò gli avvisasse? Tutto il più che argomentar si potesse, vedendo il fondo acquistato dal Trebbi limitato nella parte, che fronteggia l' orto ad un semplice stanzone a terreno, era per avventura, che l' originario proprietario non intendesse, che la fabbrica fosse da quella parte ulteriormente elevata, ed anzi, cioè sommamente verosimile, dacchè dietro di essa esisteva altro corpo di fabbrica, alle cui luci un innalzamento di quella avrebbe tolto per lo meno la libera visuale, se non anche in parte la luce. Poteva insomma presumervisi imposta dal Padre di Famiglia la servitù *Altius non tollendi.* Ma ciò non giova al signor Caruana, perchè anche quel corpo di fabbrica, al cui benefizio questa servitù poteva credersi ordinata, al sig. Trebbi e non a lui altrimenti appartiene. Nè egli per-

ciò della violazione di questa servitù si lagna; non si lagna, che il sig. Trebbi abbia sullo stanzone superedificato in ispreto di quella, ma solo che, superedificando, abbia nel nuovo edifizio aperto luci capaci di dominare il di lui orto: lo che però, essendo una naturale conseguenza della superedificazione, anzi una quasi necessità, per ciò, che ha rilevato il perito giudiciale, non poteva da lui legittimamente contrastarsi senza concludere la prova della esistenza nello stesso luogo dell' altra servitù negativa *non aperiendi fœnestras.*

« Attesochè tra le limitazioni espressamente fatte dalla Giurisprudenza al disposto della Legge *Binas quis Ædes,* una delle più marcate ed incontroverse si è quella appunto delle servitù negative, le quali, neppure trattandosi di fondi appartenenti una volta ad un solo proprietario, giammai si presumono, se non siano espressamente stipulate; *Cœpolla De Servit. urb. prœd.. cap.* 27 *n.* 4. *Bonfini Decision. Divers. Decis.* 67 *n.* 24 *Aretina altius tollendi* 22 *Aprile* 1795. *cor. Pardini vers. Ed in quanto poi avesse voluto. Tes. del Foro Toscano tom.* 12 *Dec.* 8 *n.* 16. *Rogron Le Còde Civil expliquè à l' art.* 689. — e se non vengono come una conseguenza necessaria di una servitù affermativa, *continua,* come già si è detto, ed *apparente,* quale era il caso della Ruota Fiorentina con la citata *Decisione VI del Tomo 4 del Tesoro Ombrosiano,* nella quale dalla Servitù *Luminum* annunziata in modo non equivoco dalla esistenza delle finestre, si dedusse, e ragione-

volmente, indotta la servitù *altius non tollendi*, senza della quale anche la servitù positiva dei lumi sarebbe venuta inevitabilmente a mancare. *V. detta Decis. n.* 25 *e segg. n.* 34 *e segg.*

« Potrà controvertersi, se sempre alla servitù *luminum* consegua necessariamente la servitù *altius non tollendi*, ed anzi è deciso il contrario in questo preciso tema di due fondi provenienti da uno stesso proprietario, applicando il disposto singolare dell' altra Legge *Binas œdes* 9. *D. eod*, tra le altre nella citata *Aretina altius tollendi de'* 22 *Aprile* 1795, *cor. Pardini nella citata decis.* 67. *della Raccolta del Bonfini; e nella Decisione della Regia Corte di Firenze* riferita negli *Annali* 1840. *p.* 2. *col.* 760. 761., perchè nei casi ivi esaminati lo elevamento dell' un fondo non portava la totale oscurazione delle finestre dell' altro. Ma infine è innegabile, che la servitù negativa *Altius non tollendi* sia per sua indole correlativa alla servitù affermativa *luminum*, e che quindi da questa si possa nei congrui casi legittimamente inferirsi a quella. Ed è così, che sopra ammettemmo in ipotesi, che la depressione dello stanzone del Trebbi potesse di per sè indicare e far presumere la esistenza a carico dello stesso fondo di questa servitù negativa, dacchè aveva a rincontro la servitù positiva *luminum* in pro dell'altra parte di casa pervenuta anch' essa nel Sig. Trebbi, ed avente di già aperte delle finestre al di sopra di questo stanzone. Ma come da questa stessa depressione dello stanzone potesse asserirsi la esistenza della servitù *non aperiendi fœnestras*

quando niuna servitù positiva si addita ad essa correlativa, quando anzi si riconosce essere cessata perfino per la riunione dei due corpi di fabbrica nelle mani del Sig. Trebbi la servitù *Altius non tollendi*, che ne sarebbe stato il precedente necessario, non è invero dato il vedere.

« Nè si dicesse, che dallo essere i tre finestroni già esistenti nel muro dello stanzone del Sig. Trebbi, che fronteggia l'Orto del signor Caruana, disposti in modo da servire soltanto a dar luce all'interno di quello, perchè alti dal pavimento interno oltre braccia cinque, e ferrati nello imbotte, deve argomentarsi e presumersi, essere stata intenzione del Padre di Famiglia, che non vi fossero in quella parte finestre capaci di dominare l'Orto sottoposto, ed essersi tacitamente obbligato di non aprirne l'acquirente, ricevendo il fondo così disposto, e senza nulla stipulare in contrario. Imperocchè, senza ripetere, che la sola precedente disposizione dei fondi non è di regola sufficiente a far ritenere preservate le servitù negative per la stessa ragione, anzi a maggior ragione, che non preserva le servitù *non continue e non apparenti;* più riflessi occorrerebbero spontanei a far risolvere direttamente l'obietto. E primieramente, finchè lo stanzone era nel possesso dello stesso proprietario dell'Orto, non è agevole supporre, che quei finestroni fossero costruiti ad arte in quella guisa, onde impedire che avessero la visuale sull'Orto, ed è verosimile, che solo la speciale destinazione dello stanzone consi-

gliasse a costruirgli in quel modo. E questa verosimiglianza si risolve in certezza quando rammentiamo, che la primitiva destinazione di quello stanzone fu quella di Oratorio. Se non che, quando pure ciò non fosse noto, sarebbe evidente, che non al vano riguardo di non mettere in soggezione un Orto destinato soltanto alla coltura di erbaggi e di frutti, ma soltanto ad una mira di sicurezza nello affittarlo forse ad estranei, dovrebbe in preferenza riferirsi quella struttura ed il ferramento dei finestroni, non essendosi con esso fatto se non ciò, che ordinariamente si pratica da tutti per le finestre dei piani terreni. Quindi niuno argomento potrebbe mai trarsene per attribuire al Padre di Famiglia la volontà che lo stesso dovesse praticarsi a riguardo delle finestre, che fossero un giorno per aprirsi in una parte più elevata dello stesso fondo, che ancora non esisteva.

« Attesochè non rilevano in contrario, ove rettamente si ponderino, le due Decisioni della Regia Corte in Causa *Banchi* e *Mariani* e in Causa *Brandi* e *Brandi*; allegate dalla difesa Caruana, e che a primo tratto sembrerebbero avere applicato ad analoghi casi, massime opposte a quelle, che nella presente sentenza segue il Tribunale.

« La Decisione *Banchi* e *Mariani*, come abbiamo già ad altro effetto accennato, vieta al Mariani di potere ingrandire e sbassare una finestra della sua casa in guisa, che acquistasse il prospetto nel contiguo fondo del siguor Banchi, mentre per lo innanzi serviva soltanto ad

illuminare la di lui casa, per lo esplicito motivo, che non dee alterarsi quello stato respettivo di servitù apparente, nel quale i due fondi appartenenti ad un medesimo proprietario si trovavano l'uno dirimpetto all'altro innanzi la alienazione. Ma deve innanzi tutto avvertirsi, che nel caso di questa Decisione si trattava di due case, comunque separate da un Orto, nel qual tema ricorreva certamente l'applicazione della Legge *Binas qui ædes*, che all'incontro può grandemente dubitarsi, se convenga al caso, in cui la quistione della libertà o della servitù verta tra una casa ed un Orto, per il quale non procedono certamente le stesse ragioni nè gli stessi riguardi, quando anche si annoveri tra i fondi urbani. In secondo luogo in quel caso la disposizione stessa della finestra era un segno esterno e permanente, come a favore del Mariani attestava e faceva presumere imposta la servitù positiva dei lumi sopra il fondo del Banchi senza neppure l'obbligo della ferratura, che altrimenti sarebbe derivato dalla consuetudine, così per necessaria relazione faceva prova, che questa servitù soltanto, e non altra, aveva voluto dal Padre di Famiglia imporsi a carico del fondo stesso, di che nulla di più coerente ai principii più sopra esposti e professati dal Tribunale.

« Ma ciò nulla ha di comune nel caso nostro, nel quale, senza segno esterno alcuno, si vorrebbe presumere indotta la servitù *non aperiendi fœnestras* pel solo fatto di non essere stata per lo innanzi innalzata di più una fabbrica, che, finchè conservava la sua destinazione

di oratorio, era perfino impossibile, che si pensasse ad innalzare, ed in favore di un Orto, pel quale già nello stesso punto esisteva la servitù e dei lumi e del prospetto a favore di altro corpo di fabbrica più elevato benchè alquanto più distante dall' Orto medesimo.

« L' altra Decisione in Causa *Brandi* e *Brandi* se per permettere all' uno dei condividenti il rialzamento del fondo assegnatogli suppone preesistere a carico del muro tergale dell' altro la servitù *non aperiendi fœnestras*, oltrechè potè plausibilmente argomentarla dal fatto veramente singolare della mancanza di finestre in quel muro, è evidente poi, che non si affidò nè esclusivamente nè principalmente a questo motivo, che veramente recedeva dalle più comuni regole avverse ad ogni presunzione di servitù negativa, ma nelle speciali convenzioni passate tra i dividenti cercò una nuova conferma all' argomento desunto dal fatto, che sopra. E ciò, che ancor più rileva, si è, che la Corte Suprema, rivedendo quel giudicato, non lo confermò, se non per questo motivo della verosimile volontà delle parti, considerandolo come affatto diverso e indipendente dalla presunzione della Legge *Binas qui Ædes*, in quanto cioè la Corte Regia aveva con giudizio di fatto incriticabile ritenuto per lo insieme dei patti contenuti nel contratto di divise, che si fosse voluto preservare all' assegnatario del fondo inferiore la naturale libertà di superedificarvi, non senza far sentire, quanto dubbio e controvertibile sarebbe stato ai suoi occhi l' altro fondamento tratto dalla

destinazione del Padre di Famiglia e dalla presunta servitù negativa. *Annali* **1842** *parte* **1**, *col.* 48.

« Attesochè, confutati così i varii fondamenti dal sig. Caruana proposti in appoggio della sua inibitoria, giova non pertanto soggiungere a maggior conferma della presa conclusione, come quand' anche la revoca di quella inibitoria fosse meno sicura di fronte alle massime rigorose del diritto, avrebbe dovuto pur sempre pronunziarsi in via di equità e per le specialissime circostanze del caso. E in fatti è un principio, che sopra ogni altro predomina in questa materia di servitù e di conflitto di dominio: *Quod tibi nihil vel parum nocet, et mihi valde prodest est permittendum;* conforme ne attestano *Pecchio De Servit. cap.* 4, *quæst.* 4, *nn.* 5, 6, *tom.* 1 *e la citata Decisione della Ruota Fiorentina in Causa Franchini e Puccetti dei* 7 *Luglio* 1835. Ed altro principio, che pur si vede nella subietta materia costantemente applicato si è, che meno odiosa e più facilmente ammissibile è l' ampliazione ed aggravamento di una servitù preesistente, che non la imposizione di una servitù del tutto nuova, siccome parimente dietro al Politi, *De novi operis nunciatione dissert.* 6, *n.* 13 insegna la citata *Decisione della Ruota Fiorentina nella Causa Franchini e Puccetti.*

« Ora ambidue questi principii soccorrono nel caso mirabilmente all'assunto del sig. Trebbi e consiglierebbero a rigettare sempre come veramente emulativa e senza subietto la inibitoria del sig.

Caruana. Difficilmente infatti potrebbe ridursi a valore pecuniario quel qualunque incomodo, che all' orto del sig. Caruana può derivare dalle finestre aperte dal sig. Trebbi nella nuova sua fabbrica, quando per una parte quell' orto, anzichè essere un luogo riservato di delizie per il proprietario, non è niente più che un orto affittato ad un ortolano; e per l'altra esso si trova già dominato da tutte le parti dalle finestre degli edifizii circostanti, quasi tutti spettanti ad estranei, e perfino nel punto stesso, su di cui ora si erige la nuova fabbrica Trebbi, avevano la loro visuale sull' Orto medesimo le finestre dell' altra parte di casa più elevata dello stesso Trebbi e quelle della casa contigua del Cresci. Ma anche supponendo, che un qualche valore potesse darsi a questo aggravamento di servitù del prospetto sull' Orto Caruana derivante dalla maggior vicinanza delle luci nuovamente aperte dal Trebbi, è non pertanto innegabile, che il danno sarà sempre tenuissimo ed inapprezzabile di fronte al danno, che, secondochè ne ha riferito il Perito giudiciale, deriverebbe alla fabbrica del Trebbi dalla coatta otturazione delle luci in essa nuovamente aperte, la quale si risolverebbe anzi in un indebito lucro per la parte del sig. Caruana, in quanto per la nuova fabbrica rimarrebbe liberato anche dalla visuale delle luci preesistenti nelle case posteriori, seppure il Trebbi non preferisse di rimettere le cose nello stato primiero, demolendo con suo immenso sacrifizio la superedificazione oramai quasi terminata. Quindi nel confronto tra il danno tenuissimo, di

cui il sig. Caruana fa lamento per l'apertura delle controverse finestre, e il danno gravissimo ed intollerabile, cui il Trebbi si troverebbe ormai inevitabilmente esposto, sia che per ottemperare all'esigenze del sig. Caruana chiudesse quelle luci, sia che preferisse di demolire una fabbrica, che senza quelle luci riuscirebbe quasi inabitabile, la equità consiglierebbe sempre di ricorrere a questo, revocando come emulativa e senza adeguata causa la inibitoria in discorso.

« Per questi motivi »

« Pronunziando sulle istanze avanzate in atti per parte del sig. Gaetano Trebbi con la sua Scrittura del 17 Maggio e successive — Rigetta la inibitoria contro di lui fatta dal signor Giovacchino Caruana nel dì 24 Aprile 1852, e dice, essere nel diritto il signor Trebbi di proseguire i lavori da lui incominciati, e condanna il signor Giovacchino Caruana nelle spese giudiciali e stragiudiciali e danni ec. »

Ma a tale Sentenza non si acquetò il Sig. Caruana, che volle esperimentare un appello, che interpose di fatto innanzi alla Corte Regia di Firenze il 7 Aprile 1853; deducendo i motivi seguenti: (1)

« 1. Perchè, avendo acquistato il fu Giuseppe Rafanelli, autore mediato del Sig. Trebbi, lo stanzone al quale esso Signor Trebbi ha superedificato, senzachè fosse in detto Rafanelli

(1) Atto di Appello del dì 7 Aprile 1853.

trasferita la proprietà di alcuna benchè minima estensione del terreno adiacente allo stanzone suddetto, il qual terreno rimase intieramente nella proprietà del venditore Signor Gio. Battista Caruana, non poteva essere permesso nè al Rafanelli, nè ai di lui successori di aprire finestre, che procurassero la comodità di occupare, comunque discontinuamente l'aria corrispondente al suolo sottostante, e di acquistare la piena e libera visuale dell'orto, che precedentemente ed al momento dell'alienazione non era soggetto a tale incomodo, sia avuto riguardo alla proibizione di sottoporre arbitrariamente a servitù i fondi altrui, sia per i sistemi vigenti in ordine alla consuetudine introdotta sotto l'influenza dell'antico Statuto Fiorentino, sia finalmente per il patto tacito, che una costante giurisprudenza ha ritenuto doversi presumere stipulato nella occasione dell'alienazione di un fondo contiguo ad altro, che sia rimasto nella proprietà dello alienante.

« 2. Perchè la Giurisprudenza senza distinzione nè limitazione alcuna ha costantemente stabilito per regola generale, che i due fondi, i quali abbiano una volta appartenuto ad un medesimo proprietario debbono rimanere inalterabilmente in quel medesimo stato, in cui si trovavano all'epoca, nella quale hanno cessato di appartenere ad un solo; e questa regola è stata sempre applicata anche alle *servitù negative*, e segnatamente nel senso di proibire l'acquisto o l'ampliazione del prospetto di uno dei due fondi sull'altro, talchè non era permesso

al Tribunale di fare il *novatore* dirimpetto ad una consuetudine di giudicare, che aveva acquistato forza di legge.

« 3. Perchè il supposto gravissimo danno dell' avversario, e l' asserto tenue nocumento del comparente nella proibizione di detto Prospetto non sussistevano, e *quatenus* non avrebbero rilevato per l' effetto di autorizzare, come il Tribunale ha ritenuto, a conculcare gli altrui diritti in *linea di equità*, e di spendere questa *equità* per condannare l' inibente alla refezione dei danni e delle spese stragiudiciali.

« 4. Perchè altronde il Sig. Trebbi si sarebbe per propria colpa costituito nella posizione di soggiacere al supposto *massimo danno*: tostochè nella superedificazione erasi allontanato da ciò, che fra esso ed il comparente era rimasto stabilito, per mezzo dei rispettivi loro ingegneri, i quali avevano fra di loro concordata la superedificazione in modo da non esporre l' orto sottostante all' incomodo di un prospetto libero ed immediato, come poi fu fatto con le finestre inibite, conforme risulta dalla relativa pianta firmata dai due Ingegneri, che all' occorrenza sarà prodotta.

« 5. Perchè il fatto sopra enunciato, mentre dimostra che il Signor Trebbi con l' apertura delle finestre suddette violò un concertato già stabilito, esclude qualunque primordio di emulazione per parte del Comparente, la quale altronde mai si presume, e mostra invece che il Comparente medesimo erasi prestato a consentire tutto ciò, che non pregiudicava di troppo al contiguo fondo

di sua proprietà, e che la emulazione dovrebbe piuttosto rimproverarsi alla parte, che si è allontanata dal concertato.

« 6. Perchè il danno derivante dal *Prospetto*, ch'è stato sempre riguardato come valutabile per autorizzare a garantirsene il proprietario, che ha diritto di non soffrirlo, diverrebbe poi di molto maggiore considerazione, allorchè fosse data all'orto del Comparente una destinazione diversa da quella attuale; e ciò è stato dal Tribunale dissimulato contro la regola, che insegna, doversi nella soggetta materia valutare anche *il danno potenziale e futuro.* «

Dopo molto tempo, e precisamente all'istante della Discussione della Causa rinvigorivansi i motivi dell'appello con altri del tutto nuovi, fra i quali tre primeggiano, e meritano di essere ricordati; e sono gli appresso.

1. Che, risultando in fatto, essere la parete tergale della sopraedificazione del Sig. Trebbi, nella quale erano state aperte le inibite finestre, ad immediato contatto dell'orto del Sig. Caruana, senzachè cioè fra questa parete e l'orto intercedesse una benchè menoma distanza, era per regola di ragion comune inibito di aprire finestre prospettanti in forza della *L. ult. D. fin. Regundor.;* e soprattutto della famigeratissima Costituzione Zenoniana contenuta nella *L.* 12. *C. De Ædif. Privat;* per le quali leggi richiedesi una distanza legale all'effetto che si possano aprire finestre prospettanti sul fondo del vicino.

2. Che la emulazione in diritto milita sem-

pre contro lo edificante e giammai contro lo inibente.

3. Che per riflesso di equità è vietato rivocare una inibitoria; ma che qualora si verificasse la congruità di applicarla, si dovrebbe chiedere e dal Tribunale concedere in un giudizio separato, e prima di por mano al lavoro (1).

Opponevasi dal Sig. Trebbi.

Non potersi parlare giammai di *Destinazione del Padre di Famiglia*, perchè per essa non già si poteva pretendere una servitù non precedentemente costituita, ma la conservazione di una che già lo fosse, ed avesse il doppio requisito della continuità e dell'apparenza: e poichè servitù veruna, epperò assenza degli estremi voluti, si verificava nel caso presente, così invocare la Destinazione del Padre di Famiglia era fuor di luogo (2).

2. Non potersi lagnare per una servitù *protegendi* che sarebbe venuta a indursi *discontinuamente*, perchè oltre a non potersi caratterizzare a capriccio per *discontinua* una servitù che la legge tassativamente annoverava fra le *continue*, siccome una *vera, propria* e *continua servitù protegendi* era costituita a favore dell'edifizio, così nulla impediva di poterne costituire una nuova, non pure *discontinua*, ma *continua*, quando non si eccedesse il *rigore* dell'antica tettoia o stillicidio (3).

(1) Scrittura de' 28 Gennaio 1854.
(2) Scrittura de' 27 Luglio 1853.
(3) V. Scrittura de' 27 Luglio 1853.

3. Che lo Statuto fiorentino, unicamente nella veduta di sicurezza reciproca vietando finestre prospettanti al di sotto delle braccia dieci, non poteva invocarsi ed applicarsi per finestre situate al di sopra dell'altezza voluta dalla Legge (1).

4. Che non poteva redarguirsi d'ingiustizia la Sentenza del Tribunale di Prima Istanza per avere applicato la Equità, perchè l'avea applicata in linea sussidiaria, e dopo avere confutato pienamente i motivi di diritto proposti a sostegno della inibitoria (2).

5. Che la Emulazione sempre esisteva ogniqualvolta in *fatto* era certo che il Sig. Trebbi sarebbe venuto a risentire inestimabile danno, mentre il Sig. Caruana non ne sarebbe stato colpito menomamente (3).

6. Che il parlare di una *Pianta* fatta dai due Ingegneri per rimproverare al Sig. Trebbi di avere infranto un patto, era stranissimo consiglio, perchè oltre al verun significato della Pianta in sè stessa, il Sig. Trebbi non aveva conferito verun mandato al suo Ingegnere, ondechè la Pianta nulla spiega, se non che esservi state delle conferenze fra i due ingegneri, non susseguite da verun altra trattativa delle parti, che non avevano ratificato ciò, che pretendevasi essere stato stipulato mediante la disegnata *Pianta* (4).

(1) V. Scrittura de' 9 Luglio 1853.
(2) V. Scrittura de' 27 Luglio 1853.
(3) V. Scrittura detta.
(4) V. Scrittura detta.

7. Che la *Pianta*, anzichè procurare veruno effetto utile al Sig. Caruana, si sarebbe ritorta contro di esso, quale argomento di emulazione: perocchè per essa Pianta permettendosi l'apertura di una finestra nella estremità della parete laterale, e più la costruzione di una vasta terrazza munita di ringhiera, come per questa sarebbesi avuto un non indifferente prospetto sull'orto adiacente, così per la finestra oltre ad un prospetto immediato dell'Orto medesimo, sarebbesi ottenuto un introspetto in una porzione della Casa Caruana (1).

Dei motivi dall' avversario desunti dalla Legge sulle distanze la difesa del Sig. Trebbi non si occupò, nè punto nè poco: sì perchè la serotinità della scrittura avversaria tolse ogni tempo di replica; sì perchè sembravano tanto strani da escludere qualunque bisogno di combatterli.

Eppure quanto più strani sembrarono alla Difesa del Sig. Gaetano Trebbi i rilievi dell'avversario, altrettanto sembrarono degni di considerazione e di accoglienza alla Corte Regia di Firenze, la quale a relazione del Sig. Vice Presidente Cavalier Gaetano Rodriguez pronunziò a' dì 25 Aprile 1854 una Sentenza del seguente tenore.

« Attesochè dall'atto di accesso e dalla giudiciale Perizia, compilata con una non ordi-

(1) Scrittura 27 Luglio 1853; e de' 27 Gennaio 1854. Vedi pure le piante litografate prodotte con quell' ultima Scrittura.

naria precisione ed accuratezza dall' Ingegnere Sig. Antonio Adreani, risulti doversi ritenere, come giustificati pienamente in fatto nella Causa attuale:

« 1. Che il muro, sul quale ha superedificato il Sig. Gaetano Trebbi, esiste a contatto immediato dell' Orto annesso alla casa di abitazione del Sig. Giovacchino Caruana, e non rimane da quest' Orto diviso mediante uno spazio qualunque di terreno appartenente al nominato signor Gaetano Trebbi.

« 2. Che precedentemente alla intrapresa nuova opera, non esisteva in quel muro alcuna finestra, per cui si avesse il prospetto libero sull' Orto Caruana, mentre nell' antico stanzone, destinato prima ad uso di Oratorio, quindi ad uso di stalla e di rimessa, e per ultimo ad uso di officina per la fabbricazione di Carrozze, trovavansi nella parte di levante, oltre una porta rimurata, soltanto tre finestroni tutti muniti di ferrata nello imbotte, ed aventi le soglie inferiori elevati dal Terreno dell' Orto braccia cinque e trenta centesimi circa, e dal pavimento interno i due laterali Braccia cinque e trantacinque ec. e l'intermedio braccia cinque e cinque ec.

« 3. Che, sebbene nei due stabili, pervenuti respettivamente nel Sig. Gaetano Trebbi, da Giuseppe Rafanelli e da Pietro Cresci esistessero in avanti un Terrazzo ed alcune finestre, dalle quali poteva aversi il prospetto sopra una porzione dell' Orto appartenente al sig. Giovacchino Caruana, questo Terrazzo e queste finestre per altro non si trovavano in muri posti a contatto

immediato del detto orto, ma erano da quello più o meno distanti.

« 4. Che finalmente l'unica servitù apparente sull'Orto Caruana a vantaggio dell'antico Stanzone consisteva nello Stillicidio formato da una Tettoia avente in gronda un aggetto di Braccia uno e due soldi, alla quale è stata di recente sostituita altra Tettoia più elevata, avente il maggiore aggetto di Braccia uno e quattro soldi, e che non forma soggetto di contestazione fra le parti nel giudizio presente.

» Attesochè la Inibitoria trasmessa dal Sig. Giovacchino Caruana al Sig. Gaetano Trebbi non fosse diretta genericamente ad impedire l'apertura di finestre nel muro superedificato, ma riguardasse piuttosto la forma da darsi alle nuove luci, siccome manifestamente apparisce dal tenore dell'atto del 24 Aprile 1852 così concepito — ivi — « *Inibisce di lasciare aperta* « *qualunque luce o finestra, per mezzo della* « *quale dalla porzione di fabbrica, che superedificasi dal Sig. Trebbi, si possa, affacciandosi, dominare l'Orto contiguo annesso alla Casa* « *di Proprietà del Sig. Comparente* », e meglio ancora dalla parte motiva della Scrittura di domanda di conferma, portante la data del dì 8 Maggio successivo.

« Attesochè, ciò premesso in fatto, sia certo in diritto, che la regola generale, per cui a ciascun proprietario è lecito di aprire le finestre, edificando nel suolo proprio, comunque da una tale apertura venga a risentire danno

il vicino, riceve limitazione in alcuni casi, distinguendo appunto la Giurisprudenza le finestre *prospettive*; con le quali si ottiene al tempo stesso il benefizio dell'aria, della luce e dell'amenità del prospetto, dalle finestre meramente *lucifere*, che sono destinate esclusivamente ad intromettere nelle stanze i raggi della luce. *Pacichello De Distantiis Cap.* 6. *Memb.* 4. *n.* 2, § *Cœterum.*, ed ammettendo la Giurisprudenza stessa, che le prime possano dallo Edificante liberamente aprirsi nel muro proprio, ogni qualvolta questo si trovi situato a distanza legale dal fondo del vicino, ma non possono viceversa in detto muro aprirsi, quando questo si trovi al fondo del vicino stesso immediatamente contiguo, cioè senza lo spazio intermedio costituito da detta legale distanza, nel qual caso è permesso soltanto allo Edificante l'apertura delle seconde, ossia delle finestre così dette *lucifere*, le quali debbono essere costruite in modo, che la loro soglia inferiore rimanga elevata almeno sei piedi dall'interno pavimento.

« ATTESOCHÈ la distinzione tra l'apertura delle finestre prospettive e l'apertura delle finestre lucifere, rispettivamente autorizzata nel muro proprio dello Edificante, secondochè sia questo o no posto a contatto immediato nel fondo del vicino, si diparta in origine dal disposto della notissima Costituzione dell'Imperatore Zenone, contenuta nella L. 12. *Cod. De ædificiis privatis* § 2 e 3, e compendiata nei seguenti termini dal Pacichello *loc. cit.* n. 11. — ivi — *Ne liceat prœter veterem formam in altitudinem*

ædificium erigere vel fœnestras facere nisi decem pedes in medium intercedant; tunc enim prospectivas is, qui ædificat, non poterit facere, nisi antea quoque fuerint, ut dictum est; luciferas vero faciet utique sex pedum servato ab imo pavimento intervallo; e vedesi seguitata in un caso quasi identico a quello, che cade oggi, da una magistrale e pienissima Decisione della *Sacra Rota in Romana Servit.* 30 *Februarii* 1843 *cor. De Retz per tot.*

« ATTESOCHÈ nella Causa attuale nemmeno possa utilmente riproporsi il dubbio altra volta elevato sull'autenticità della prefata costituzione, dubbio di cui si fa carico la Sacra Ruota nella parte obiettiva della precitata Decisione, ritenendola ciò non pertanto come formante parte del Codice Giustinianeo; imperocchè la Giurisprudenza dei nostri Tribunali e segnatamente di questa Corte Regia, di cui fra le altre fanno fede le due *Decisioni nella causa Brandi e Brandi* e nella *Causa Cappellini e Maberini* emanate rispettivamente nel 28 *Aprile* 1842 *e nel* 6 *Febbraio* 1844, ed impresse negli *Annali, Tom.* 4. *Par.* 2. *pag.* 424 *e Tom.* 6. *par.* 2 *pag.* 128, ha omai stabilito, che la Costituzione dello Imperatore Zenone nel rapporto delle distanze è fra noi in pieno vigore, se non come disposizione legislativa, per lo meno come consuetudine generalmente accettata in tutta quanta l'Italia dalla pratica di giudicare.

« ATTESOCHÈ la distinzione premessa di sopra tra le finestre *prospettive,* e le finestre meramente *lucifere* fosse anche in avanti adottata

nel *motivo* dell' Auditor Bizzarrini in *Causa Berretti e Catani del dì 11 Maggio 1742 impressa nella collezione Artimini, Tom. 10. Dec. 945. n. 14, pag. 456*: e sia stata poi di recente ritenuta dal soppresso *Magistrato Supremo di Firenze nella Sentenza in causa Banchi e Mariani del 9 gennaio 1838*, contro di cui venne inutilmente sperimentato il ricorso avanti la Corte Suprema di Cassazione conforme risulta dalla *Decisione impressa negli Annali Tom. 1, pag. 61 e segg.*, nella qual Sentenza del Magistrato Supremo due criterii o principii di ragione vennero stabiliti, il primo cioè, che nel muro esistente a contatto immediato dal fondo del vicino non potessero aprirsi finestre, se non che sotto la condizione di esserne impostata la soglia inferiore al di sopra delle tre braccia computabili dal pavimento interno; giacchè l'altezza di tre braccia fu appunto riputata corrispondere in ordine alla consuetudine invalsa in Toscana ai sei piedi, dei quali si fa parola nella Costituzione dello Imperatore Zenone; ed il secondo che per altra consuetudine invalsa nella Città di Firenze dietro il disposto dello Statuto Fiorentino, comunque rimasto abolito fino dall' anno 1808, dette finestre dovessero anche essere ferrate nell'imbotte, ogni qualvolta si trovassero situate al di sotto delle dieci braccia computabili dal piano esterno del fondo contiguo.

« Attesochè il signor Trebbi non abbia giustificato esistere a di lui favore una servitù legittimamente in avanti costituita, e ricorrere,

piuttostochè i termini della distinzione, quelli della regola generale favorevole alla libera facoltà competente a ciascun proprietario di far nel proprio fondo quello, che più gli piace; talchè nel caso possa invocarsi dal medesimo la eccezione stabilita in proposito dalla stessa costituzione, mediante le parole, « *præter veterem formam* » e le altre successive *nisi antea quoque fuerint.* Infatti ciò che sia di una terrazza e di poche finestre prospettive situate in altri stabili appartenenti a proprietarii diversi, e posti, egualmente che quello del sig. Trebbi, a confine immediato dell' orto del signor Giovacchino Caruana, non consta, siccome è stato avvertito di sopra, che alcuna ne preesistesse nel muro, su cui è stato dal sig. Trebbi medesimo superedificato, e male d' altronde si pretenderebbe oggi dal sig. Trebbi di volere avere il prospetto libero del fondo Caruana solo per questo, perchè ve lo hanno del pari altri confinanti, aggravando per tal modo la condizione di detto fondo, ed estendendo la servitù del prospetto da caso a caso, e da confinante a confinante contro le regole notissime, che dominano la soggetta materia.

« Attesochè dalla semplice servitù del projetto formato dalla nuova gronda sostituita a quella preesistente, e che nel giudizio attuale non si controverte per parte del sig. Caruana, mal potrebbe argomentarsi alla diversa e più grave servitù del prospetto, mentre fra l' una e l' altra specie di servitù non saprebbe immaginarsi alcuna analogia, se non che nel rapporto

limitato della possibile projezione sul fondo adiacente della persona, la quale avesse la libera facoltà di affacciarsi alle finestre di recente aperte e dal sig. Caruana inibite.

« Attesochè i termini della emulazione non siano affatto proponibili di fronte all' inibente, il quale unicamente ha in animo di preservare il proprio fondo dalla imposizione di una nuova servitù non legittimamente imposta per l' avanti a di lui carico.

« Attesochè, quando anche in ipotesi per l' applicabilità del disposto della Costituzione Zenoniana, e della relativa invalsa consuetudine volesse stabilirsi una distinzione tra fondo rustico e fondo urbano, distinzione, che per vero dire in detta Costituzione non trovasi minimamente accettata, questa rimarrebbe nel caso priva affatto d' importanza, poichè fondo urbano e non rustico deve indubitatamente considerarsi l' orto spettante al sig. Giovacchino Caruana.

« Attesochè a riprova di ciò basti avvertire in fatto: 1. Che il detto Orto posto in questa città di Firenze forma evidentemente un annesso ed un accessorio della vasta casa di abitazione del proprietario, il quale, avendovi l' accesso per tre punti diversi, vi godeva del comodo del passaggio nelle viottole, che vi esistono. 2. Che non eccede per la estensione la misura di cinque staia a seme, nè può conseguentemente considerarsi in modo esclusivo destinato alla cultura ordinaria dei fondi rustici soliti darsi in colonia parziaria. 3. Che manca della casa per il colono o per l' ortolano, co-

munque abbia una piccola stalletta, ed un piccolo fienile a contatto dell' antico stanzone Trebbi.

« Attesochè di fronte a tali circostanze di fatto, poco rilevi che il Sig. Caruana abbia ritratto per il passato, e ritragga anche al presente un qualche profitto dall' orto adiacente alla casa di sua abitazione, affittandolo talvolta ad un Ortolano per un annuo determinato canone, imperocchè non toglie, che il detto orto renda più preziosa la casa stessa, somministrando agli abitanti il comodo del passeggio, e quello di respirarvi un'aria più libera, nel quale aspetto egli è indubitato, che formi tutto un insieme col fondo principale, che non può dubitarsi essere per natura in tal senso giuridico urbano, anzichè rustico.

« Attesochè comunque a sostegno della Inibitoria del 24 Aprile 1852 il sig. Giovacchino Caruana deducesse in principio, che tanto il di lui fondo, quanto quello acquistato dal sig. Trebbi, provenivano in origine da uno stesso proprietario, ed invocasse perciò a suo favore la servitù negativa indotta dalla precedente destinazione del Padre di Famiglia in ordine al disposto della *Legge Binas quis ædes D. De servit. urb. præd.*, egli è però indubitato, che non solo nel Giudizio attuale di Appello, ma anche nel Giudizio della passata Istanza mediante la Scrittura del 18 Novembre 1852, lo stesso sig. Caruana propose altro fondamento del tutto indipendente da quello già dedotto, sostenendo, non essere permesso al Sig. Trebbi

in ordine alla consuetudine vigente in questa città di Firenze di aprire finestre nel muro da lui superedificato, quando non fossero costruite in modo — ivi — » *da servire soltanto ad* « *introdurre la luce senza procurare agli* « *abitanti della Casa la comodità di affac-* « *ciarsi.* »

« Attesochè, accogliendosi dalla Corte questo secondo mezzo indipendente di difesa, si renda inutile di occuparsi del primo, consistente nella esistenza della preindicata servitù negativa.

« Per questi motivi:

« Pronunciando sull'appello interposto per parte del sig. Giovacchino Caruana dalla Sentenza del Tribunale di Prima Istanza di Firenze del 7 Marzo 1853, dice essere stato dal medesimo bene appellato, e male con detta Sentenza essere stato giudicato ec. »

Non è a dire se pel sig. Trebbi la riferita Sentenza fosse come un fulmine a ciel sereno, e fosse per la sua difesa una riprova della instabilità degli umani giudizi, e della fallacia delle quistioni, sien pur le meglio appoggiate ad un apparato di buone e solide ragioni, da far ripetere con Salomone, nulla riuscire di nuovo sotto il sole. *Nihil sub Sole novum.*

Rinvenuto dal primo stupore, fu sua cura e pensiero di esperimentare la Giustizia della Corte Suprema di Cassazione, innanzi alla quale interpose Ricorso contro la Sentenza del 25 Aprile 1854, motivandolo sugli appresso rilievi.

1. Falsa interpetrazione delle Leggi sulle distanze e segnatamente della *L. 12, Cod. De Ædific. privat.* conosciuta sotto il nome di Costituzione Zenoniana, perchè, procedendo questa nel tema di case dirimpetto l'una all'altra, non poteva applicarsi al caso concreto, in cui si avevano due case invece l'una coll'altra contigue.

2. Falsa applicazione della medesima Costituzione, perchè, corrispondendo le aperte luci su di un Orto, non poteva la Costituzione applicarsi, posciachè gli *orti* erano in lettera esclusi dalle sue disposizioni.

3. Violazione della Giurisprudenza, che avea mitigato il rigore della Costituzione Zenoniana, esentandone dal disposto tutti quegli edifizi, che già si trovassero costruiti senza la distanza legale, ch'essa voleva.

4. Falsa interpetrazione ed applicazione della *Rubric.* 58. *Lib. IV dello Statuto Fiorentino,* e della relativa Giurisprudenza, perchè, mentre si applicava all'effetto d'impedire l'apertura di ogni e qualunque finestra, perchè non si gravasse del prospetto il fondo del vicino, la disposizione testuale interpetrata ed applicata da antiche e moderne Decisioni si riferiva unicamente a scopo di sicurezza epperò alle sole finestre, che fossero al di sotto delle 10 braccia dal suolo esterno.

5. Violazione delle Leggi 166 e 198. *D. De Verbor. Signif.* e *della L.* 1. *D. Communia Praedior.*, per aver qualificato per fondo urbano l'orto del Sig. Caruana invece di considerarlo, qual era, fondo rustico.

6. Violazione delle massime di ragione per avere dichiarato, che la Emulazione non può mai ritorcersi dallo Edificante contro lo Inibente, ma viceversa.

7. Violazione della Equità, perchè non aveva considerato il danno gravissimo dello Inibito, e il verun danno dello Inibente, il quale anzi veniva a risentire grandissimo lucro, perchè con la conferma della Inibitoria, oltre a rimanere il suo orto esentato da qualunque prospetto, mediante la sopraedificazione veniva ad essere liberato da quello, che vi esercitavano alcune luci dell' altro corpo di fabbrica del Sig. Trebbi, e soprattutto da quello, che godevasi per certe finestre aperte nella porzione di casa dal Sig. Cresci venduta al Sig. Trebbi, le quali finestre erano state otturate per necessità della distribuzione della nuova Opera (1).

E la Corte Suprema di Cassazione con Decreto de' 29 Settembre 1854 a relazione del Sig. Consigliere Carlo Carducci, fe' plauso al Ricorso del Sig. Trebbi, cassando la Sentenza della Corte Regia di Firenze de' 25 Aprile 1854. Del qual Decreto è pregio riferire e conoscere i motivi.

« Considerando, che Giovacchino Caruana proprietario di una Casa posta in Firenze in via Campo Corbolini, e di un esteso Terreno Ortivo, situato a Tergo della medesima, avea trasmesso nel 24 Aprile 1852 per gli atti del Tribuuale di Prima Istanza di Firenze a Gaetano Trebbi, proprietario di altra casa attigua a quella di esso Caruana, una inibitoria del se-

(1) Atto di Ricorso de' 6 Giugno 1854.

guente tenore ec. — ivi — « Costituito fa istanza,
» inibirsi formalmente, conforme inibisce col
» presente atto, non solo al suddetto Sig. Gae-
» tano Trebbi, quanto ncora all' ingegnere in-
» caricato della direzione dei lavori Signor
» Ferrante Rossi, ed al Capomaestro muratore
» della esecuzione dei lavori stessi, di lasciare
» aperta qualunque luce o finestra, per mezzo
» della quale dalla porzione della Fabbrica, che
» si superedifica dal Sig. Trebbi, possa, affac-
» ciandosi, dominarsi l' Orto contiguo, annesso
» alla Casa di proprietà del Comparente. «

« Considerando, che la nuova opera intrapresa dal Trebbi, e che aveva dato causa a tale inibitoria, consisteva nella superedificazione di stanze abitabili ad un vasto stanzone già destinato ad officina di Carrozziere, ed in ispecie nell' apertura di due luci o finestre lasciata nel rialzamento del muro postico del detto Stanzone, immediatamente attiguo all' Orto Caruana, delle quali finestre le altezze precise delle loro soglie inferiori e al pavimento interno, e al suolo esterno, furon dipoi dal Perito Giudiciale Dottore Antonio Adreani trovate consistere, quanto alle interne in un braccio e Centesimi 58, e quanto all'esterne in circa Braccia Tredici.

« Considerando, che il Tribunale di Prima Istanza al seguito di un accesso giudiciale e di una formale perizia del prefato Ingegnere Adreani, avea opinato e giudicato, che l' apertura delle due finestre non tanto per dar luce, quanto ancora per dar prospetto alle stanze sopraedificate, fosse nel pieno diritto del Trebbi, ed avea

perciò rigettata la inibitoria trasmessagli dal Caruana. Ma la Corte Regia di Firenze, adita dal Soccombente in via d'Appello, era scesa in opposta Sentenza.

« Considerando, che i motivi fondamentali del di lei giudicato revocatorio del 25 Aprile 1854, stato poi deferito dal Trebbi a questa Corte Suprema, attentamente ed accuratamente analizzati, in quanto attenevano alla questione principale pel diritto o non diritto nel Trebbi proprietario dello Stabile, situato ad immediato contatto dell'Orto Caruana, di aprire da quel lato finestre *prospettive*, riducevansi in ultima analisi a fermare e stabilire, che vigessero in proposito e fossero a seguitarsi due distinte *Consuetudini*.

« La prima derivata in *Toscana* dalla notissima Costituzione dell'Imperatore Zenone nella *Legge* 12. *Cod. De Ædific. privat.* ed accolta e sanzionata dalla Giurisprudenza, per cui il proprietario d'un Edifizio situato ad immediato contatto del fondo del vicino non possa giammai nel muro attiguo al fondo medesimo, ed a qualunque altezza del muro stesso, aprir finestre *prospettive*, ma soltanto finestre *lucifere*, tali cioè, la cui soglia inferiore sia impostata al di sopra di tre braccia dal pavimento interno.

« E la seconda, speciale e propria della Città di Firenze, e derivata dallo Statuto Fiorentino *Lib. IV. Rub.* 58. *Qualiter liceat habere fœnestras super tectum, domum, et curtem vicini,* — per cui le finestre soltanto *lucifere* da potersi aprire nel muro attiguo al fondo del vicino, ognora-

chè la loro soglia inferiore sia situata a minore altezza di *dieci braccia* dal suolo esterno, debbano andar soggette non solo alla suespressa condizione di essere impostate al di sopra delle tre braccia dal pavimento interno, ma ben anco all'altra, preordinata alla reciproca sicurezza, di esser ferrate nello imbotte.

« Considerando, che intorno alla effettiva esistenza di questa duplice consuetudine, non aveva la Corte Regia istituita veruna benchè minima ricerca di fatto, nè prova alcuna di fatto, contro cui non fosse dato elevar censura in via di cassazione, aveva la medesima, non che addotta, nemmeno accennata. Soltanto avea allegato alcune decisioni, e segnatamente le seguenti

« 1. *La Decisione della Sacra Ruota in Romana Servitutis* 30 *Februar.* 1843, *cor. de Retz.*

« 2. *La Decisione della Corte Regia di Firenze del* 28 *Aprile* 1842, *in Causa Brandi e Brandi.*

« 3. *L'altra del* 28. *Febbrajo* 1844, *in Causa Maberini e Cappellini.*

« 4. *Il motivo dell' Auditor Bizzarrini degli* 11 *Maggio* 1742, *in Causa Berretti e Catani.*

« 5. E come più precisa, speciale, ed esplicita la Sentenza del già *Magistrato Supremo di Firenze del* 9 *Maggio* 1838, *in Causa Banchi e Mariani,* in cui diceva essere stati stabiliti « ivi » due criterj o principj di ragione; il PRIMO « cioè, che nel muro esistente a contatto imme- « diato del fondo del vicino non potessero aprirsi « finestre, se non che sotto la condizione di es-

« serne impostata la soglia inferiore al di sopra
« delle tre braccia computabili dal pavimento
« interno, giacchè l'altezza di tre braccia fu ap-
« punto riputata corrispondere *in ordine alla*
« *Consuetudine invalsa in Toscana*, ai sei piedi
« dei quali si fa parola *nella Costituzione del-*
« *l'Imperatore Zenone*: ED IL SECONDO, *che per*
« *altra consuetudine invalsa nella Città di Fi-*
« *renze*, dietro il disposto dello Statuto Fio-
« rentino, comunque rimasto abolito fino dal-
« l'anno 1808, dette finestre dovessero anche
« essere ferrate nell'imbotte ogni volta si tro-
« vassero situate al disotto delle dieci braccia
« computabili dal piano esterno del fondo con-
« tiguo.

« Considerando, che ciò che si fosse della *Consuetudine Statutaria*, che la citata Sentenza in Causa Banchi e Mariani aveva effettivamente ritenuto esistere nella Città di Firenze nonostante l'avvenuta abolizione dello Statuto Fiorentino, certo egli era però, che tale Consuetudine, essendo esclusivamente relativa, anco al dire della Sentenza denunziata, all'apertura di finestre a minore altezza di 10 braccia dal suolo attiguo del vicino, spiegar non poteva veruna influenza sul caso in esame, in cui, come già avvertivasi, le finestre aperte dal Trebbi nel rialzamento del proprio muro tergale erano elevate dal piano esterno dell'Orto Caruana CIRCA a BRACCIA 13.

« Considerando perciò, che tutto il momento della disputa riducevasi a determinare, se fosse o nò constatato dalla Giurisprudenza, ed in ispe-

cie dalle Decisioni dalla Corte Regia allegate, esistere in Toscana l'altra Consuetudine supposta derivata dalla Costituzione Zenoniana, che in limitazione alla regola generale di Ragion Comune, che autorizza il proprietario ad edificare a beneplacito nel proprio fondo, e ad aprire nel proprio muro finestre di qualunque sorta ancorchè moleste ed incomode al vicino, purchè nol faccia con spirito di emulazione, purchè non sia vincolato da preesistente servitù, e purchè nulla immetta nel fondo altrui, in limitazione, dicevasi, a questa regola generale, importi assoluto divieto all'edificante di aprire nel proprio muro posto ad immediato contatto del fondo del vicino, ed a qualunque altezza del muro stesso, finestre *prospettive*, e soltanto permettagli aprirle *lucifere*, cioè impostate nella loro soglia inferiore al di sopra di tre braccia dal pavimento interno.

« E qui a nulla valevano i due rilievi della Sentenza denunziata, che cioè la distinzione, altronde notissima, fra le finestre *lucifere* e le *prospettive* siasi dipartita in origine dalla Costituzione Zenoniana, e che la Costituzione Zenoniana nel rapporto delle distanze sia stata ricevuta in Toscana, se non come Legge, almeno come consuetudine.

« Niun dubbio, che la Costituzione Zenoniana racchiusa nella *L. 12. Cod. de Ædfiic. privat.* distinguesse le finestre *lucifere* dalle *prospettive;* ma tal distinzione era in essa limitata al solo caso, in cui, esistendo già due edifizj, l'uno di fronte all'altro ed a minor distanza fra loro di

dodici piedi, il proprietario di uno di essi avesse voluto aprirvi nuove finestre, che fossero meno scoste dall' altro di *dieci piedi;* in questo caso ben diverso e ben lontano da quello in esame vietavagli aprirle *prospettive*, e permettevagli aprirle soltanto lucifere, cioè elevate almen sei piedi dal pavimento interno. « § 3. — ivi — Si « autem vetus ædificium secundum veterem « formam tale erat ut minus esset domorum « abs se invicem spatio duodecim pedum in- « tervallum, ne liceat præter veterem formam « in altitudinem ædificium erigere, vel fœne- « stras facere, nisi decem pedes in medio in- « tercedant. *Tunc enim prospectivas* is, qui æ- « dificabit, non poterit facere, nisi antea quo- « que fuerint, ut dictum est. Luciferas vero « faciet utique *sex pedum* servato ab imo pa- « vimento in altum intervallo ». E ben s' intende, che, dopo aver prescritta nel precedente § 2 all' edificante di una nuova casa, tra essa e la casa del vicino, *inter propriam et vicini domum*, la distanza di dodici piedi, onde non venissero a togliersi agli abitanti di quest' ultima i benefizi inapprezzabili della luce, dell' aria e della domestica sicurezza e libertà; dovesse poi provvedere anco al caso, in cui due edifizj già esistessero a minor distanza l' uno dall' altro dei dodici piedi, ed in cui il proprietario di uno di essi volesse alterarne l' antica forma in guisa da togliere o menomare al vicino i suenunciati benefizj.

« E niun dubbio altresì, che la Costituzione Zenoniana, in rapporto alle distanze, sia stata

ricevuta fra noi, se non come legge, almen come consuetudine, non solo lo attestano le due Decisioni della Corte Regia di Firenze in Causa Brandi e Brandi ed in Causa Maberini e Cappellini allegate come sopra dalla Sentenza, ma molte altre ancora, che avrebber potuto allegarsene; ma le distanze di cui parla la Costituzione Zenoniana, e che la patria giurisprudenza e moderna ed antica ha realmente ritenute in osservanza, non sono che quelle tra edifizio ed edifizio, tra casa e casa, e così quelle soltanto preordinate all'oggetto interessantissimo superiormente accennato. Di distanza tra casa o edifizio, e fondo alieno che casa od edifizio non sia, di attiguità del muro dell'edificante ad un qualunque fondo o terreno altrui, essa Costizione non fa parola; anzi parlando di orti o giardini, dichiara in lettera, non esser essi compresi nelle di lei disposizioni — ivi — « quod « autem ad hortos atque arbores attinet, nec « aliquid in superioribus Constitutionibus com- « prehensum est, nec de his hic aliquid ad- « detur: neque enim convenit ».

« E che non di altre distanze, che di quelle tra edifizio ed edifizio disponga la Costituzione Zenoniana al pari della *Legge Mœniana* 11, *Cod. de Ædif. priv.* lo stabiliscono a piene pagine gli scrittori in materia.

« Quindi a sostegno della Sentenza denunziata non bastava la certezza delle due premesse, che la distinzione tra le finestre *lucifere e le prospettive* avesse tratto origine dalla Costituzione Zenoniana, e che la Costituzione

Zenoniana, in rapporto alle distanze fosse stata accolta e ritenuta presso di noi se non come legge, come consuetudine; ma era inoltre indispensabile il render certa la conseguenza, tutt'altro che necessaria, che da tali premesse essa voleva trarre, che cioè la invalsa Consuetudine fosse andata al di là della Legge, e che in limitazione al suenunciato principio tutelare del sacro diritto di proprietà, avesse posto lo edificante ad immediato contatto di qualunque fondo o terreno altrui, nella dura necessità di privare da quel lato il proprio edifizio di uno dei migliori pregj di ogni abitazione, di quello cioè di una visuale o prospetto qualsisia, inibendogli senza limite di elevatezza dal detto fondo o terreno, di aprire nel proprio muro finestre *prospettive*, e solo permettendogli di aprirvele *lucifere*, et quidem costrutte in modo da impedirgli, non solo lo affacciarvisi (al che avrebbe potuto bastare il munirle di ferrata) ma ben anco lo accostarvisi per goder d'appresso la luce e l'aria, che vi si introducesse.

« Or lo accertamento di questa grave conseguenza era appunto quello, di cui difettava la Sentenza denunziata.

« Considerando infatti, che colle decisioni da essa allegate era stata ben lungi da raggiungere un tale scopo.

« Non lo aveva raggiunto colla decisione della *Sacra Ruota in Romana Servitutis* 20 *Februar* 1843 *cor. de Retz*, poichè oltre al riferirsi a finestre corrispondenti sopra un cortile, che potea ben essere ravvisato qual parte integrale ed

individua dell'edifizio del vicino, non d'altra consuetudine in essa parlavasi, che di quella propria e speciale alla Città di Roma, di cui aveva attinta amplissima prova da esteso numero di testimonj.

« Non colle due *Decisioni della Corte Regia di Firenze del* 28 *Aprile* 1842, *e del* 2 *Febbrajo* 1844, *nelle Cause Brandi e Brandi, e Maberini e Cappellini,* poichè non ad altro effetto da essa citate, che a quello di provare, che la Costituzione Zenoniana nel rapporto delle distanze era fra noi in pieno vigore, se non come Legge, almeno come Consuetudine,

« Non col *Motivo dell' Auditor Bizzarrini* degli 11 Maggio 1742, poichè in esso non era parola di Consuetudine derivata dalla Costituzione Zenoniana, ma soltanto dal disposto dello allora vigente Statuto Fiorentino, in quanto voleva fosser lucifere e non prospettive, e perciò munite di ferrata, le finestre al disotto delle dieci braccia computabili dal suolo esterno appartenente al vicino,

« E non infine colla *Sentenza del già Magistrato Supremo del* 9 *Gennajo* 1838, *in Causa Banchi e Mariani.* Poichè quanto era innegabile, aver essa ritenuto esistere nella Città di Firenze la Consuetudine Statutaria, concernente le finestre meno elevate di dieci braccia dal suolo esterno, altrettanto era lungi dal vero aver essa ritenuto esistere in Toscana l'altra Consuetudine supposta derivata dalla Costituzione dell'Imperatore Zenone, ed importante, al dir della Corte Regia, divieto di aprir finestre *pro-*

spettive in qualunque parte del muro attiguo al fondo del vicino. Di questa Consuetudine la Sentenza Mariani e Banchi non faceva parola; nè abbisognava di farlo, giacchè il Magistrato Supremo, che quella Sentenza proferiva, non erasi occupato nè avea avuto bisogno di occuparsi (trattandosi in quel caso di finestre ed aperture tutte al di sotto delle dieci braccia) che della sola ed unica Consuetudine Statutaria.

« Considerando, che mentre il divieto, che la Corte Regia desumeva dalla Costituzione Zenoniana, non era minimamente provato dalla Giurisprudenza da essa allegata, esisteva invece una Giurisprudenza affatto opposta al di lei assunto, da cui chiaro appariva, che le distanze stabilite dalla Legge Mæniana, e dalla Costituzione Zenoniana non sono presso di noi in osservanza che tra due edifizj posti a fronte, sia per la parte àntica sia per la parte pòstica, l'uno dall'altro; e che trattandosi invece di un edifizio posto a contatto di un Orto o di altro fondo spettante al vicino, osservate le prescrizioni statutarie rispetto alle finestre al di sotto delle dieci braccia, non è, per quelle al di sopra, minimamente impedito di aprirle *prospettive.* Possono vedersi in proposito la *Lucen. Ædificii* 15 *Ottobre* 1703, *cor. Bonfini N.* 33, *e segg. la Praten. Ædificii* 25 *Settembre* 1732, *cor. Novelli impressa nel Tom.* 9 *del Tes. Omb. Dec.* 16, *N.* 1, *e segg. Il pratico nostro Savelli in summa De Fœnestra N.* 1. *e nella Risoluzione* 15. *num.* 7. *e segg. il Montelatici nelle sue istituzioni Tit. De Mensuris et ponderibus etc.* § *Finestre Tom.*

2, *pag.* 196. *il Fierli nella sua osservazione pratica di N.* 218., *la decisione della Corte Regia di Firenze del* 25 *Settembre* 1841. *in Causa Tamburini e Dini, e la Recentissima Sentenza del Tribunale di Prima Istanza di Firenze del* 1. *Maggio* 1854 *in Causa Modigliani e Masoni.*

« Quindi a tutta ragione il ricorrente Gaetano Trebbi obiettava alla Sentenza denunziata di aver male interpetrata e male applicata al caso la Costituzione Zenoniana e la Consuetudine invalsa in Toscanà in rapporto delle distanze con quella stabilite, di aver confusa tale Consuetudine con quella derivata dalla *Rubr.* 58, *Lib.* 4. *dello Statuto Fiorentino*, e di avere in pari tempo sconosciuta la relativa Giurisprudenza.

« Per questi Motivi, e senza occuparsi degli altri mezzi di ricorso.

« Cassa la Sentenza proferita dalla Corte Regia di Firenze, Seconda Camera Civile, lì 25 Aprile 1854 a favore di Giovacchino Caruana e contro Gaetano Trebbi. »

Qui termina la Storia della Causa, dalla quale era necessario far precedere questa mia nuova Consultazione, perchè in qualunque questione, soprattutto poi nelle Servitù, la esatta esposizione del fatto, e dello analitico andamento delle cose sono di una suprema necessità. Rimane adunque a vedersi, a quali questioni debba essere invitata l'attenzione della Regia Corte sedente in Lucca nel presente giudizio di rinvio.

§ II.

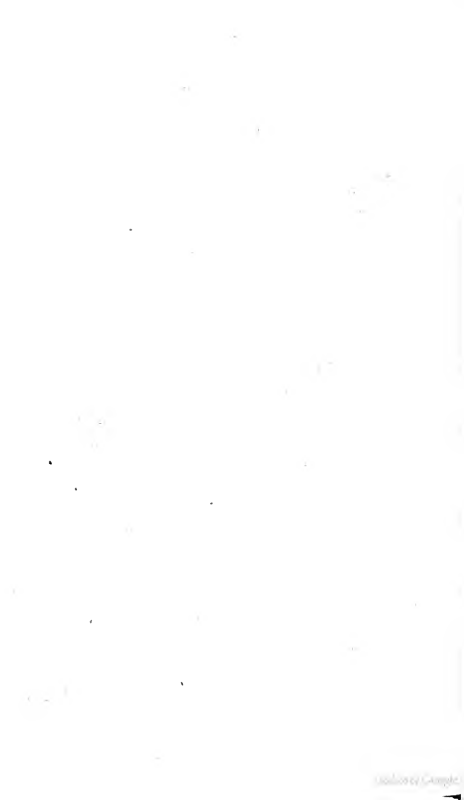
Questioni di diritto e di fatto, che costituiscono il presente giudizio.

Col trionfo, che il Sig. Gaetano Trebbi riportò innanzi alla Corte Suprema di Cassazione, e conseguentemente con lo annullamento fatto della Sentenza proferita dalla Corte Regia di Firenze il 25 Aprile 1854, lo edifizio innalzato dal Sig. Giovacchino Caruana a sostegno della spiccata inibitoria è in parte crollato, perocchè due de' principali motivi, co' quali pretendevasi di dargli corpo, sono omai improponibili oggi e sempre. Quindi nel giudizio presente innanzi alla Corte Regia di Lucca rimangono ad esaminarsi e discutersi le altre parti, onde si formava primitivamente l' appello dal Sig. Caruana interposto contro la Sentenza del dì 8 Marzo 1853, con la quale veniva rivocata la Inibitoria. Ora, dietro lo esame analitico del Processo, da cui si è fatta precedere questa Consultazione, risulta, che le questioni così di diritto, come di fatto, delle quali si deve la Corte Regia di Lucca occupare, sono le appresso:

1. Se possa inibirsi l' apertura delle due finestre nello stabile del Sig. Gaetano Trebbi per la ragione, ch'essendo questo ad immediato contatto dell' Orto adiacente, si verrebbe a costituire una SERVITÙ DISCONTINUA PROTEGENDI.

2. Se a tale apertura faccia ostacolo la considerazione nascente dalla DESTINAZIONE

DEL PADRE DI FAMIGLIA in ordine alle *Leggi* 35 *e* 36, *D. De Servit. urb. præd.* cioè se possa la Destinazione del Padre di Famiglia invocarsi all'effetto di obbligare la Fabbrica del Sig. Trebbi a stare oggi, *prout erat.*

3. Se ricorra il gravissimo danno nel Sig. Gaetano Trebbi, qualora fossero inibite le aperte finestre, e se al contrario verun danno venga a risentirne il Sig. Caruana, ognorachè ne fosse permessa l'apertura; e così se siavi luogo a redarguire il Sig. Caruana di Emulazione.

PARTE SECONDA

SVILUPPO DELLE SUMMENTOVATE QUISTIONI.

§ III.

Risposta all' Obietto della SERVITÙ DISCONTINUA PROTEGENDI, *che verrebbe a nascere a carico dell' Orto Caruana dall' apertura delle finestre nello Stabile del Sig. Trebbi.*

Gioverà prima di ogni cosa formulare l'obietto con le parole medesime, con le quali fu esposto dall' Avversario innanzi alla Corte Regia di Firenze.

« *Avendo acquistato il fu Giuseppe Rafanelli, Autore mediato del Sig. Trebbi, lo stanzone al quale esso Sig. Trebbi ha oggi superedificato, senzachè fosse in detto Rafanelli trasferita la proprietà di alcuna, benchè minima estensione del terreno adiacente allo stanzone suddetto, il qual terreno rimase interamente nella proprietà del venditore Sig. Gio.*

« *Battista Caruana, non poteva essere permessa*
« *nè al Rafanelli, nè ai di lui successori di*
« *aprire finestre, che procurassero la comodità*
« *di occupare, comunque discontinuamente, l'a-*
« *ria corrispondente al suolo sottostante.* » (1).

In replica al quale obietto dimostrerò:

1. Non potersi in *diritto* parlare di *Servitù discontinua protegendi.*

2. Che quand'anche si potesse in *diritto,* non potrebbe mai proporsi in *fatto.*

I. *Non si può in diritto parlare di Servitù discontinua protegendi.*

È omai un principio di diritto incontroverso ed incontrovertibile, che può ognuno nel proprio muro aprire finestre di qualsiasi specie, ancorchè per esse vengasi ad avere un prospetto del fondo del vicino, qualunque possa esserne il danno, che questi venisse a risentire da detta apertura. *L.* 8, § 3, *D. Si servitus vindicet. L.* 8, *Cod. De Servit. et Aqua. Paolo da Castro Comment. lib.* 3, *q. t. ed alla L. cum eo D. De Serv. urb. praed. Giasone alla L. Ex hoc jure D. De Just. et Jure ed alla L. Quominus D. De fluminib. Tartagn. ad T.* 8, *Cod. De Serv. et Aq. ed alla L. Cum eo D. De Servit. urb. prœd. Cœpolla De Servit. Cap.* 72, *n.* 1. *Donello Comment. jur. civ. lib. XI, cap. V.* § 6, *Gob. Consultat. Decis.* 132, *n.* 1, 2, 3, 4, 5. *Mansi Consultat.* 476, *n.* 2, *tom.* 5, *Caponio Discept.*

(1) V. Atto di Appello de' 7 Aprile 1853.

for. 170, *n.* 10. *Surdo Cons. Lib,* 1, *cons.* 126. *n.* 1. *De Luca De Servit, Disc.* 3, *n.* 2, *e Disc.* 4, *nn.* 13, 14, 15. *Pecchio cap.* 8, *quest.* 19. *Decis. Senat. Pedem. nel Tessauro* 41. *Decis. Neapolit. nell' Afflictis.* 224, *et* 225. *Leoncil. Decis.* 46. *Sperello Decis.* 55, *Rota Florent. Decis.* 24. *Lugl.* 1720 *nel Bonfini, Corte Regia di Firenze Decis.* 21 *Gennaio* 1843. *Corte Suprema di Cassazione Dec.* 29 *Settembre* 1854, *n.* 10.

Il qual principio, oltre a molte limitazioni, delle quali non monta qui tener discorso comecchè estranee alla presente disquisizione, riceve modificazione dall'altra regola, che cioè non sia permesso a colui che apre finestre sul fondo altrui, immettere alcun che nel medesimo. Così ci ammaestra il Giureconsulto Ulpiano nella *L.* 8, § 3, *D. Si Servit. vindic.* — *In suo alicui hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*; « come fra le moltissime, che potrebbero citarsi, esplicitamente insegnò pure la Ruota Fiorentina nella *Florentina fœnestræ* de' 24 Luglio 1720 a relazione Buonfini — Ivi n. 1. — « Sebbene sia lecito l'aprire nel muro una o « più finestre, ancorchè habbino il prospetto « nella casa dell'altro vicino, non gli è però « lecito farvi alcuna cosa, la quale protenda « sopra il suolo proprio del vicino, dovendo « questo essere libero fino al cielo ».

Ed infatti il Gius Romano stabilì per massima, che quegli il quale è padrone di un' area, o di altro qualsivoglia fondo, debba essere altresì padrone dell'aria corrispondente dalla superficie dell'area o del fondo

fino al cielo. *Solum debet esse liberum usque ad cœlum.*

Ora i modi, co' quali si può occupare l'area del vicino sono due: il *proietto* cioè ed il *protetto*; modi che ritraggono molto l' uno dall'altro, e che soltanto diversificano quanto può diversificare il genere dalla specie: imperocchè il *proietto* alla pari del *protetto* è quell' opera materiale ed artefatta, che sporge dalla parete nostra sul fondo altrui, senzachè però su questo riposi, sia per riparare o cuoprire la parete medesima, sia per appoggiarvi un edifizio, che si voglia sopra questo proietto costruire: — mentre il *protetto*, opera della medesima indole, ugualmente sporgente dalla nostra parete; ugualmete occupante l' aria del fondo altrui, senza però che su questo riposi, unicamente è destinato a cuoprire, come di per sè stesso chiaramente lo indica il verbo *protegere*, dal quale deriva. E, perchè a questa definizione e distinzione non manchi il pregio dell'autorità, si veda uno de'più grandi Scrittori di diritto, il Donello, ritenere il medesimo modo di vedere. (*Comm. Jur. Civ. Lib. XI, cap. IV*, § 9.) —Ivi—
« Hoc enim inter projectum et protectum in-
« terest, quod inter genus et speciem. Nam pro-
« jectum est, quod emittitur extra parietem no-
« strum, ut nusquam alibi conquiescat sive tegendi
« parietis caussa fiat, sive ædificii alicujus su-
« pra id projectum imponendi. Ut plurimum
« autem, quod imponendi ædificii caussa substrui-
« tur, ut mœniana et suggrunda *d. l. Malum* §
« 1, *D. De Verb. signif.* Protectum autem projecti

« species, cum tigna emittuntur e nostro in alie-
« num, sed tegendi tantum caussa, ut compo-
« sitio verbis satis indicat. Quomodo protectum
« a suggrunda distinguitur in ædicto de his qui
« dejecerunt vel effuderunt *L.* 5, § *prætor ait*
« *D. De his qui dejecer. vel. effuder.* EST IGI-
« **TUR PROTEGERE, AUT TECTUM ÆDIUM NOSTRA-**
« **RUM EXTRA PARIETEM NOSTRUM EDUCERE ITA,**
« **UT PROVEHATUR IN ALIENUM, AUT PARIETI NO-**
« **STRO ITA EFFICERE TABULATUM ET TEGUMEN-**
« **TUM PROTUBERANS, UT SIMILITER IN ALIENUM**
« **PROTENDATUR.** Protecto utimur vel ad prohi-
« bendum nimium Solem a luminibus nostris,
« vel ad arcendas injurias imbrium et tempe-
« statum a parietibus, ne corrumpantur. »

Il *proietto* ed il *protetto* adunque sono due modi, pe' quali si occupa l' aria corrispondente sul suolo altrui: e poichè questa occupazione sta a menomare il dominio, poichè il suolo non sarebbe altrimenti libero fino al cielo, così viene dal diritto romano proibita, ed alla facoltà amplissima concessa al cittadino di aprire ogni maniera di finestre nel proprio muro, ancorchè corrispondenti sul fondo altrui, si aggiugneva il divieto di potere occupare però il suolo del medesimo con qualunque cosa potesse protendervi.

Ma lo affacciarsi di una persona; quello sporgere del corpo che potesse derivare da questo affacciarsi, costituirebbe una *servitù protegendi,* che stesse a menomare i diritti di proprietà competenti al padrone del fondo adiacente, e che però fosse soggetta alla censura della Legge?

Si è udito l'avversario, il quale risponde, che lo affacciarsi di una persona verrebbe a costituire una *servitù protegendi discontinua.*

Ed ecco la necessità di richiamare alla capitalissima distinzione delle servitù fatta dal diritto romano in *continue* e *discontinue.*

La distinzione della servitù in *Continue* e *Discontinue* si parte dalla interpetrazione del testo, e precisamente dalle due *Leggi 14 D. De Servit. Urban. præd.* e *7 D. Quemadmodum Servit amit;* — nella prima delle quali si legge: *Servitutes prædiorum rusticorum, et si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt: et idcirco usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem.* — E nella seconda similmente si legge. — *Si sic constituta sit aqua ut vel æstate tantum ducatur, vel uno mense, quæritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus.*

Dalla interpetrazione delle quali leggi è venuta la definizione così delle *Servitù continue* come delle *Servitù discontinue*: — assegnando alle prime questa, cioè; *quelle Servitù, che all'effetto di esistere non hanno bisogno del fatto dell'uomo;* e tale sarebbe la finestra, il prospetto il protetto, il proietto e simili: — ed alle seconde quest'altra definizione, cioè: *quelle Servitù che ripetono la loro esistenza unicamente dal fatto dell'uomo;* e tale sarebbe la Servitù del passo, della via, ed altre di tal maniera.

Stabilita questa distinzione molto chiaro

apparisce che la *Servitus protegendi*, come quella che non abbisogna per la sua esistenza del fatto dell'uomo, entra nella categoria delle *continue*. — Ora come una servitù possa essere *continua e discontinua* al tempo stesso non è agevole il comprendere: perocchè se la servitù del Protetto è quella, che consiste nello sporgere una qualche cosa materiale dalla nostra parete sul fondo del vicino, senzachè su questo riposi, non si sa immaginare come non possa essere, com'è, *continua:* oppure non è *continua*, ed in tal caso non è più *Protetto;* ma è un *quid* di una natura nuova, *sui generis*, incognito al testo, e che non giova soltanto inventare, ma necessario si rende inventare ancora una parola, ch'esprima questa incognita. — Dunque di *Servitù protegendi* discontinua non può parlarsi in diritto.

Ma non basta. Ammesso anche che possa di tal servitù parlarsi, e che possa talvolta considerarsi *continua*, tal altra *discontinua*, vediamo se lo affacciarsi possa mai portare quella occupazione dell'aria e del suolo altrui, che le Leggi imparziali tutrici dei diritti di proprietà, vietano potersi fare.

Per riuscire nella quale disamina si rende necessario avvertire, che pel diritto romano ante-giustiniano si trattavano i fondi tutti con la medesima condizione e col medesimo riguardo. Quindi, una volta stabilita la massima che il suolo dev'essere libero dalla sua superficie fino al cielo, e stabilito pure che a veruno sia permesso immettere nel fondo altrui checchessia, non si faceva distinzione tra fondo e fondo; nè vi era

eccezione od esenzione da quei principii a favore di veruno. Quindi il suolo pubblico si equiparava al privato, e vietavasi di potere in esso pure immettere. E di ciò fa fede la *L. 21 D. De Servitutibus*, nella quale si legge: — *Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve, neque altius tollendi Servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, projiciendi, item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.* —

Ebbene? Se lo affacciarsi costituisse una Servitù di protetto, o qualunque altra immissione, dovea e dev'essere proibito aprire finestre *prospettanti* corrispondenti sul suolo pubblico, e quelle sole devono permettersi che si dicono *lucifere.* Eppure l'uso antico e presente dimostrano la bisogna procedere tutto al contrario, imperocchè come sempre è stato permesso, così si permette oggi dovunque aprire finestre prospettanti sul suolo pubblico, il che dimostra, che lo affacciarsi non è stato mai considerato in verun tempo e da verun uomo come una immissione o come una causa costitutiva di Servitù *protegendi.* La quale osservazione appunto faceva con quella mirabile acutezza, che sì lo distingue, il già mentovato Donello nei Commentarii (Lib. XI, cap. V, §. 7.), le cui parole è pregio riferire, affinchè non manchi anche in questo subietto speciale alle mie parole il conforto di una qualche insigne autorità. —Ivi— « Ego autem dubitan-
« dum non puto, quia licitum sit unicuique, pa-
« riete suo aperto, fœnestras in eum immittere,

« etiam invito vicino. Licet quidem vicino jure
» suo ex adverso tollere ædes suas, parietem
« aut tabulatum, et quidvis erigere in suo, quo
« lumen et prospectum iis fœnestris præcludat....
« Qui in pariete suo fœnestras aperuit, is in
« suo opus facit, nec propterea quidquam im-
« mittit in alienum. Iure igitur suo id facit, nec
« quominus faciat prohiberi potest ex superiore
« sententia. Nihil ad rem pertinet, quod fœne-
« stræ et prospectatio in alieno, vicino sunt mo-
« lestæ. Non enim hic spectamus, quod vicino
« molestum sit vel incommodum, aut non sit,
« sed hoc solum an aliquid in alienum immit-
« tatur. Si nihil immittitur, licet in suo quid-
« vis facere etiam cum incommodo vicinorum.
« Ut puta, licet in suo ædificare quam altissi-
« me, etiamsi in totum obscurentur vicini ædes.
« *D. Lege cum eo D. De Servit. urban. prœd.* At
« enim qui fœnestras aperit in suo, immittit
« aliquid in alienum. Immittit enim oculos. Sed
« figurate dicimus, immittere oculos in alienum,
« cum in alienum prospicimus, ut et conjiciere
« oculos in aliquem, cum in eo respicimus. O-
« culi positi pro aspectu, qui est ex oculis. Re
« autem vera nihil hic immittitur, ac ne oculi
« quidem; cum qui respicit e suo, nihilominus
« semper oculos domi, atque ideo in capite suo
« retineat. QUOD ETSI NATURA SATIS INTELLIGI-
« TUR, TAMEN NE QUID HIC SIT DUBITATIONIS DE
« JURE, QUASI HIC ASPECTUS DE JURE PRO IM-
» MISSIONE HABERI DEBEAT, SUMANTUR EXEMPLI
« LOCO PUBLICA LOCA ITEM SACRA ET RELIGIOSA.
« CERTUM EST IN EA NIHIL CUIQUAM IMMITTERE LI-

« CERE. *L. 2, in princ. et locorum D. ne quid in*
« *loc. publ. L. 1. D. ne quid in loc. sac.* ET TA-
« MEN LICET OMNIBUS CIVIBUS FÆNESTRAS HA-
« BERE APERTAS IN PUBLICUM, IN CÆMETERIA ET
« CÆTERA LOCA RELIGIOSA ET SACRA. ERGO QUI
« RESPICIT IN HÆC LOCA, NON IDEO INTELLIGITUR
« QUIDQUAM IN EA IMMITTERE. »

E che lo affacciarsi delle persone non costituisca servitù discontinua *protegendi*, e che però per questo rilievo non sia permesso impedire l'apertura delle finestre rispondenti sul fondo altrui, implicitamente lo disse pure il *Decreto della Corte Suprema di Cassazione del* 29 *Settembre* 1854, allorquando dichiarò, non ricorrere per l'apertura delle finestre l'obbligo di veruna benchè menoma distanza dal fondo del vicino; e che « trattandosi di un edifizio « posto a contatto di un Orto o di altro fondo « spettante al vicino, osservate le prescrizioni « statutarie rispetto alle finestre al di sotto delle « dieci braccia, non è per quelle al di sopra « minimamente impedito di aprirvele *prospet-* « *tive* ». — Ora se l'apertura di finestre desse luogo a questa *servitù protegendi*, o se questa fosse buona ragione per vietarne l'apertura, bisognerebbe ammettere la necessità della *distanza* all'effetto di potervele aprire. Ma poichè è stato omai deciso, e da un Tribunale Supremo come la Corte di Cassazione, che l'apertura delle finestre non dev'essere subordinata all'obbligo di una distanza qualunque sia, e che in un edifizio ad immediato contatto del fondo del vicino si possono liberamente aprire prospettive, così

deve pure ritenersi, almeno nella Giurisprudenza Toscana, risoluto l'obietto della Servitù discontinua *protegendi*, la quale o non si considera nascere dall'apertura di finestre, od anche nascendo si reputa inefficace ad impedirne l'apertura.

Dunque lo affacciarsi non costituisce veruna servitù sia d'*immissione*, sia di *proietto*, sia di *protetto* sul fondo altrui, epperò per questo riguardo non potrebbe giammai interdirsi l'apertura delle finestre, che taluno volesse fare nel proprio muro, comunque rispondenti sul fondo altrui. — Passo adesso al secondo argomento.

II. *Ammesso pure che l' apertura delle finestre desse luogo alla Servitù Protegendi, questa Servitù non potrebbe mai proporsi nel caso concreto.*

Per giudicare la verità di ciò, che mi propongo di dimostrare, cioè che, quando pure si ammettesse la nascita della Servitù Protegendi pel fatto dell'apertura delle finestre, nonostante non potrebbe mai questa servitù invocarsi per impedirle, stimo bene porre in evidenza incontrastabile un fatto già accennato nella Descrizione dei fondi premessa a questa consultazione, cioè la esistenza di una vera e propria servitù *projiciendi* o *protegendi* a favore dello stabile del Sig. Trebbi sull'Orto Caruana. E la prova di questo fatto emerge non pure da moltiplici riscontri esistenti in Processo, ma principalmente

dalla Perizia Giudiciale de' 27 Agosto 1852, ove al N. 10 si legge: « *Esso stanzone per quanto* « *si rileva dalle rimanenze esistenti nella Por-* « *zione N. G. H. O. P. Q. era precedentemente* « *alla riordinazione coperto da tetto a capanna* « *spiovente verso i due lati maggiori con il co-* « *mignolo esterno elevato dal pavimento Brac-* « *cia 12 e 45 centesimi, e con la gronda in* « *aggetto al muro tergale Braccia 1 e cente-* « *simi dieci.* »

Costatato questo fatto, il quale fu perfino riconosciuto e ritenuto nella cassata Sentenza della Corte Regia di Firenze de' 25 Aprile 1854, nasce la quistione di sapere, se, quando un edifizio ha costituito a suo favore sopra il fondo altrui la servitù del *proietto* o del *protetto*, si possa per avvantaggiare le condizioni di questo edifizio, fare una qualche opera di arte, mediante la quale venga, non una sola volta, ma ripetutamente, il *proietto* ed il *protetto* a costituirsi sul fondo del vicino.

Ed a risolvere tal quistione abbiamo fortunatamente l'autorità del Testo nella *L. fin. D. De Servit. urb. præd.* nella quale al § 1. si lgge: « *Lucius Titius, aperto pariete domus suae* « *quatenus stillicidii rigor, et lignorum protec-* « *tus competebat, januam in publico aperuit.* « *Quaero, cum neque luminibus Publii Mævii* « *vicini, neque itineri vicini officeret, neque stil-* « *licidium in vicini domum caderet, an aliquam* « *actionem Publius Mævius vicinus ad prohi-* « *bendum haberet? Respondi, secundum ea quae* « *proponerentur, nullam habere* ». — Ed il

Cœpolla, commentando questa materia fa due ricerche: la prima diretta a stabilire, se il proprietario dello edifizio possa gravare il fondo adiaciente o sottoposto della servitù del proietto o del protetto: e la seconda a decidere, se, una volta stabilito questo *proietto* o *protetto* sul fondo del vicino a favore dello edifizio, possa il padrone di questo fare altra opera di arte, per la quale si venga nuovamente a gravare del proietto il fondo sottoposto. Ed alla prima risponde negativamente. « (*De Servitutib. Cap.* 32. *n.* 2). « Secundo quæro an habens domum supra so« lum vicini posset supra ipsum solum quid« quid ædificare, licet in solo non requiescat: « exemplum si vult facere profilum et stilli« cidium amplum, residens totaliter in ædificio « protegentis, et dicas quod non, nisi servitus « imposita sit. » — Dunque siccome il costituire il *proietto* od il *protetto* sul fondo altrui sarebbe lo stesso che imporvi una servitù; e siccome la servitù sarebbe un menomare la proprietà, un diminuirne il pregio, un toglierne la libertà, così non è permesso a chicchessia in offesa di essa imporvela. — Ma diversamente procede la bisogna, quando questa servitù è già costituita, come chiaramente avverte il prelodato Giureconsulto (*Cap.* 72, *num.* 7.) « Ultra præ« dicta potest quæri, an sit licitum facere fœ« nestram de ligno, quod dicitur balconus, et « ipsum aperire in publico supra solum vicini, « Et dic breviter, quod sic, ut dicitur de janua, « quia quatenus se protendit stillicidium potest; « ultra non; ut probatur in *L. fin.* § *fin. D. De*

« *Servit. urb. præd.* » — Dunque una volta costituita sul fondo sottoposto all' edifizio la servitù sia del *protetto* sia del *proietto*, nulla osta che si possa ribadire, siami permessa la espressione, questa servitù col costruire opere materiali, che vengano a presentare un nuovo proietto od un nuovo protetto. E la ragione, che di per sè stessa ne apparisce, è sodisfacientissima; perchè, come dev' essere interdetto a chicchessiasi di ledere di proprio arbitrio i diritti di proprietà, che si competono al vicino, usurpando sul suo fondo la servitù sì del *proietto*, sì del *protetto*, così, una volta che il fondo sottoposto è colpito da questa servitù; una volta che il suolo ha cessato di essere libero dalla sua superficie fino al cielo, perchè il proietto ed il protetto ne hanno occupato l' aria, dev' essere permessa qualunque opera, che, sebbene venga a formare un nuovo proietto, o protetto, tuttavia non rende più deteriore la condizione del fondo, ognorachè con quest' opera non si oltrepassa il *rigore dello stillicidio o del proietto preesistente*, ondechè neppure si potrebbe parlare di aggravamento od ampliamento di una preesistente servitù, poco importando al fondo che, una volta legittimamente costituita la servitù del proietto o del protetto, questa servitù sia posta in essere con una sola, ovvero con più opere di arte.

Cosicchè riepilogando si può concludere:

1. Che non si può parlare di Servitù *discontinua protegendi*, la quale, secondo quel che si dice dall' avversario, verrebbe a nascere dallo affacciarsi delle persone alle finestre inibite, imperoc-

chè è contrario alle nozioni di diritto il concetto di *discontinuità* nella servitù *protegendi;* la quale per essere quello che è, dev' essere *continua;* e non essendo *continua* non è più servitù *protegendi.*

2. Che quand' anche ci si potesse formare il concetto della Servitù *protegendi* discontinua, questa non potrebbe mai essere buono argomento per impedire l' apertura di finestre, perchè lo affacciarsi delle persone non è stato mai da chicchessia ed in verun paese antico e moderno, e sotto l' impero di qualunque legislazione, considerato come una immissione sul fondo altrui, o come una occupazione del suolo, che ad altri appartenga.

3. Finalmente che, quando pure lo affacciarsi alle finestre costituisse la occupazione dell' aria corrispondente sul suolo altrui, occupazione vietata dalle leggi, nondimeno neppure questa considerazione, sebbene giustissima in astratto, potrebbe nel caso concreto essere d' impedimento all' apertura delle finestre, perchè, essendo omai a favore dello edifizio appartenente al Sig. Trebbi stabilita sul fondo sottoposto la servitù del *proietto,* è lecito potere costruire qualunque opera di arte, mediante la quale si venga ad affliggere il fondo medesimo della servitù *protegendi,* purchè non si ecceda il *rigore dello antico proietto.*

§ 4.°

Se possa raggiungersi lo scopo propostosi dalla Inibitoria, ossia se possa vietarsi l' apertura delle finestre, invocando la Destinazione del Padre di famiglia.

Pel Dritto Romano la proprietà era così sacra e rispettata, che non conosceva limiti di sorte: chi possedeva una cosa, era padrone di farne e disfarne a suo talento, senzachè, le leggi s' ingerissero menomamente nello esercizio della volontà del cittadino: *Volo quia volo; stat prœ ratione voluntas*, spiegano meglio che qualunque dissertazione fino a qual punto si estendesse la libertà del cittadino sulla cosa propria. Una sola limitazione aveva la proprietà dei fondi, ed era la *Servitù*; quantunque questa limitazione si possa chiamare una riprova della libera volontà del cittadino, perocchè dipendeva da lui l' imporre la servitù ai proprii fondi a favore di altri: — una volta che scientemente e liberamente l' aveva imposta, la legge l' obbligava, alla pari di qualunque altra obbligazione, a rispettarla. — Fu soltanto in appresso, che una limitazione diversa dalla Servitù venne imposta dalla Equità allo effrenato esercizio dei diritti di proprietà, e siffatta limitazione si chiamò *Emulazione*. La Equità, sviluppando quel principio di gius naturale, che l' uomo non deve fare ad altrui quello, che non bramerebbe fosse fatto a sè stesso, volle porre un limite all'abuso

della cosa propria; e pose questo limite ogniqualvolta il cittadino, anzichè usare ed anche abusare della cosa propria per procacciare a sè medesimo utilità, comodità e diletto, si proponeva esclusivamente o principalmente il danno del vicino per uno di quei sentimenti di rancore, d'inimistà, di vendetta connaturali a questo nostro umano cuore. — *Servitù ed Emulazione* pertanto, ecco le due più antiche limitazioni poste dalle Leggi alla proprietà.

La *Servitù* è una limitazione, si diceva, derivante dalla umana volontà; perocchè veruno poteva essere costretto a rendere serva la sua proprietà ad un'altra; ma una volta che di sua pura e spontanea volontà vi aveva acconsentito, subentrava il ministero della Legge, che l'obbligava rispettare la sua propria obbligazione.

Se non che, essendo una rinunzia ai proprii diritti, era necessario, che questa procedesse da una volontà libera e spontanea, e da un animo consapevole di ciò, che faceva, e deliberato a fare. Di qui scaturisce la ragione, perchè il Dritto Romano rifiutava, per i diversi modi di costituire le Servitù, quello d'imporle tacitamente, e voleva anzi che, quando avveniva un passaggio di proprietà da un cittadino all'altro, si dovessero espressamente specificare le Servitù, che volevansi imposte o riservate, dichiarando che nel silenzio dei contraenti veruna Servitù sarebbe mai stata considerata come riservata, od imposta sul fondo alienato. Ed infatti nel Corpo di Ragion Comune veggiamo alcune leggi

nelle quali questo principio viene consacrato. Una di queste Leggi: e la *L.* 7, *od altrimenti* 8, *D. Communia prædior.*, nella quale il giureconsulto Paolo ammaestra: « *In tradendis unis* « *ædibus, ab eo qui binas habet, species servi-* « *tutis exprimenda est; ne, si generaliter ser-* « *vire dictum erit, aut nihil valeat* (*quia incer-* « *tum est quæ servitus excepta sit*), *aut omnis* « *servitus imponi debeat.* » — Concorda pure a tal principio la *L.* 10 *D. eod. t.* — ivi — « *Quidquid venditor servitutis nomine sibi reci-* « *pere vult, nominatim recipi oportet: nam illa* « *generalis exceptio, quibus est servitus, ut ita* « *sit, ad extraneos pertinet, nec ipsi venditori* « *proficit ad jura ei conservanda: nullam enim* « *habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet:* « *quinimo, et si debita fuisset servitus, deinde do-* « *minium rei servientis pervenisset ad me, con-* « *sequenter diceretur, extingui servitutem* ». — Concorda infine la *L.* 99, *D. De Verbor. Obli-* « *gation.* —ivi— « *Quicquid adstringendae obli-* « *gationis causa dictum est, id nisi palam ver-* « *bis exprimatur, omissum esse intelligendum* « *est: aut certe secundum promissorem interpe-* « *tramur, quia stipulatori liberum fuit verba late* « *concipere.* »

A malgrado per altro di questi principii savissimi, che volevano dichiarata espressamente la servitù, che si voleva od imporre sul fondo venduto o riservarne una già imposta a favore di un altro fondo, che fosse rimasto nelle mani del venditore, tuttavia si conobbe la necessità di eccettuare dal rigore di una espressa men-

zione certe specialità, le quali, anche senza mentovarle, chiaramente si comprendeva doversi di natura loro considerare, come se fossero state dichiarate, senzachè sarebbe sorta una gravissima perturbazione nei rapporti civili. Ed a questo supplì la provvidenza del gius Romano con le due *Legg.* 35 e 36. *D. De Servit. Urban. praed. L.* 35. — ivi — « *Binas quis aedes* « *habebat, una contignatione tectas, utrasque di-* « *versis legavit. Dixi, quia magis placet, posse* « *duorum tignum esse, ita ut certae partes* « *cujusque sunt contignationis, ex regione cuju-* « *sque domini tigna fore, ullam invicem habi-* « *turos actionem, jus non esse immissum ha-* « *bere, nec interest pure utrisque, an sub con-* « *dictione alteri aedes legatae sint. L.* 36 *Idem-* « *que esse, etsi duobus aedes cesserint.* » Per ben comprendere le quali leggi, giova richiamare ciò, che altrove si avvertiva, che cioè veruno poteva nell'altrui fondo o parete *immettere* alcun che: onde, a volere *immettere*, era necessario procacciarsi dal padrone del fondo, che dovea divenire *serviente*, la servitù relativa. Ora ognun vede quali quistioni non sarebbero mai sorte dietro il principio, che si considerava come non esistente ogni servitù, che non fosse stata espressamente menzionata nell'alienazione, nel caso di vendita di due edifizi coperti da una sola *contignazione* a due diverse persone ogni qualvolta si fosse omesso di menzionare riservata la servitù *immittendi*. Ed a questo gravissimo inconveniente vollero rimediare le surriferite leggi, il cui criterio, alquanto na-

scosto, viene dichiarato dal Pothier con queste parole: « Enimvero tignum immittere in pa-
« rietem vicinæ domus non licet, nisi huic
« hæc servitus concessa est. Cœterum si una
« contignatione duæ ædes tectæ sint, domini
« invicem agere non possunt, jus non esse im-
« mittendi. »

Ma mentre le citate Leggi 35 e 36, si erano limitate alla Servitù *Immittendi*, la interpetrazione de' Commentatori e della Giurisprudenza le estese a ben altra maniera di servitù e forse effrenatamente.

Prima per altro di scendere ad esporre la teoria del modo tacito di costituire le Servitù, che si chiama *Destinazione del Padre di Famiglia*, si rende necessario di esaminare i varii commenti, che sono stati fatti alle diverse surriferite Leggi del Testo, e ricercare quindi analiticamente il motivo di quella maggiore estensione, che sì fatto mezzo di costituire le servitù ha ricevuto in appresso.

Si vide di sopra, che per le massime generali del dritto Romano veruna servitù, che non fosse stata specialmente e chiramente espressa al momento dell'alienazione, poteva considerarsi come imposta o riservata sullo edifizio o fondo alienato. — Ed i Commentatori più rinomati hanno interpetrato quelle Leggi strettamente al loro significato. Infatti il Bartolo alla *L.* 10 *D. Communia praedior.* così ammaestra. « Venditor rei venditae debet nomi-
« natim servitutem imponere, nec valet exceptio
« generalis. (*Hoc dicit L. in tradendis in principio*

« *et quod ibi notatur*) Solum ibi dixit, ædes
« servire, quod est verbum infinitum aptum
« comprehendere omnia tempora (*ut L.* 5 §
« *stipulatio D. De Verbor. oblig.*) Hic vero dixit:
« servitus utique est. Retulit ergo se ad servi-
« tem præsentem, quae merito imponi non
« potest, (*L. si ita D. De Auro et Arg. leg.*)
« Praedicta vero, nisi in servitute tigni im-
« mittendi, vel oneris ferendi, in qua, licet non
« sit proprie servitus donec utræ ædes sint
« ejusdem domini, tamen cum altera alienatur,
« videtur agi, ut servitutes sint, secundum quod
« tigna jacent, ut *L. Binas qui œdes D. De*
« *Servit. urban. prœd.* »

Ed il Bartolo medesimo alla *L. Binas qui aedes* 35 *D. De Servit. urban. praed.* brevemente ripete il medesimo, concetto allorchè dice: « Si ædes legatur vel venduntur, vide-
« tur actum, ut contignationes uti stant, ita stent...
« Veritas est, quod tignum donec cohæret domui,
« non censetur res mobilis, sed immobilis; et
« ideo potest esse communis pro diviso ».

Nè diversamente ritenne il Cujacio ne' Commentarii al Lib. VII delle *Quistioni Papinianee.*
« Quæstio hujus, legis hæc est. Qui habebat
« binas ædes una contignatione tectas, unam
« legavit Primo, alteram Secundo. Contignatio
« est lignorum contextura comparata ædium ope-
« riendarum causa. Tignum uno ductu, igitur
« unum, utrasque tegebat ædes; denique divisæ
« erant ædes parietibus, non etiam tignis. Quæ-
» ritur an possit Primus et Secundus invicem
« agere aotione negatoria, jus non esse tigni im-

« mittendi; nam cum eadem sin tigna utra-
« rumque ædium, videntur ex ædibus Primi im-
« mitti in ædes Secundi, vel ex ædibus Secundi
« in ædes Primi? Sed Papinianus ait, nullam eos
« invicem habituros actionem negatoriam, jus
« non esse tigna immissa habere Primus in ædes
« Secundi, nec Secundus item sua in ædes Primi:
« Sed intelliguntur cujusque propria esse tigna,
« quibus ædes sibi legatæ conteguntur pro re-
« gione contignationis: non videntur tigna im-
« missa in ædes nostras, quæ nostra sunt, sed
« quæ aliena: et alienorum dumtaxat nomine,
» quæ immittuntur in ædes nostras, competit
« actio negatoria. Denique non competit hæc
« actio, jus non esse immittendi, cum nihil sit
« immissum. Contignatio dividitur regionibus:
« est regio, quæ pertinet ad ædes Primi; est re-
« gio quæ pertinet ad ædes Secundi, et pro re-
« gione contignationis tigna propria sunt. Sunt
« igitur communia pro diviso, si contignatio di-
« vidatur regionibus, et tigna igitur nec tegun-
« tur ædes Primi tigno alieno, sed suo, et contra:
« denique tigna sunt communia pro diviso, id
« est pro regione contignationis: nec intelligitur,
» quicquam esse immissum ex ædibus alienis in
» alias. . . . . . Ergo in specie hujus legis tigna
« sunt communia inter Primum et Secundum pro
« diviso: id est pro regione contignationis: ne-
« que videtur quicquam alter immissum habere
« in ædes alterius: et proinde cessat actio nega-
« toria, jus non esse tigni immittendi. Et in fine
« ait. *Nihil interesse pure utrisque legatae sint*
« *aedes, an uni pure, alteri sub condictione*. Hoc

« ait, ut demonstret, quod sicuti re conjuncti sunt,
« quibus eadem res legatur, licet uni pure, al-
« teri sub condictione; *L. idem. et ult. D. De*
« *Usuf. accres;* ita quod ad contignationem at-
« tinet, quæ una eademque est, quæ binæ ædes
« contignantur et conjunctæ sunt, habent tigna
« communia pro diviso ii, quibus binæ ædes le-
« gatæ sunt, licet uni sint legatæ pure, alteri
« sub condictione. Et hoc est quod Papinianus
« voluit in hac lege. In lege sequenti ait Julia-
« nus, idem esse, etsi duobus ædes quis cesse-
« rit: cedere est dominorum. *L. ult. in fin. D.*
« *Commun. prædior.* Idem igitur est, si quis le-
« gaverit binas ædes, quæ erant una contigna-
« tione tectæ, sive cesserit, veluti vendiderit.
« Idem iuris est in ultimis voluntatibus et con-
« tractibus. »

Cosicchè non pure dalla semplice lettura della disposizione testuale delle indicate *Leggi* 35. e 36. *D. De Servit. urban. præd.*, quanto dallo esame di ciò, che i Commentatori, illustrandole, hanno ritenuto, emerge ad evidenza:

1. Che, sebbene le massime generali del dritto Romano richiedano la menzione esplicita della servitù che vuolsi imporre al momento dell'alienazione sopra una casa, che il proprietario di più edifizii vende, nondimeno queste regole soffrono limitazione rispetto alla servitù *tigni immittendi*, che riservavasi di natura sua, senza bisogno di espressa menzione.

2. Che la ragione di questa esenzione dipende dal considerarsi il *trave immesso*, come immobilizzato alla casa, che era destinato a reg-

gere; cosicchè i padroni delle due case, sorrette da un sol trave, n'erano padroni *pro indiviso*; mentre per qualunque siasi motivo una volta tolto il trave dalla casa, ne divenivano padroni *pro diviso*.

3. Che questa esenzione era comune e generale a tutte le case, qualunqne fosse la specie di traslazione della proprietà dall'un cittadino all'altro, sia che fosse la vendita, sia che fosse il legato, od altro qualsivoglia modo.

Ma non è così, che oggi s' intende la *Destinazione del Padre di Famiglia*, la quale ha ricevuto una tal latitudine, che il Testo solo non basterebbe a determinarla. Per la moderna maniera d'intendere e di applicare la Destinazione del Padre di Famiglia si procede con un ordine analitico più minuto e rigoroso; il quale io con la chiarezza, che si possa maggiore, scendo ad esporre.

È certo che il proprietario di una o più case, non può imporvi, finchè le ritiene nel suo dominio, veruna servitù per il principio di diritto, che *Res sua non sibi servit*: ondechè quella data disposizione che potrebbe dare ai suoi fondi in guisa, che l'uno edifizio sembrasse come ordinato in quella foggia per procacciare utilità all'altro, proveniva *non jure Servitutis*: ma *jure dominii*. Se non che questo medesimo proprietario si determina ad alienare uno dei suoi fondi, ed infatti uno ne trasferisce in altrui proprietà, e fra questo e quello, che ritiene, esiste una specialità, che rivela esser l'uno disposto a servizio dell'altro, come per esempio

due case l'una superiore all'altra, la cui depressione serve a procacciare un ameno prospetto a quella superiore; in tal caso la Giurisprudenza vuole, che si debbano, sebbene nel Contratto di Vendita siasene taciuto, mantenere quella comodità, che l'uno fondo prestava all'altro, comodità, che dal momento dell'alienazione assume quel nome, che per i principii di sopra esposti non poteva darglisi, il nome cioè ed il carattere di *Servitù*. — E quindi il compratore di una delle due case non poteva fare alcuna cosa, che stesse a menomare questi servigi, che il suo novello acquisto prestava all'altro fondo rimasto in proprietà dell'antico padrone, o da questo trasferito nel dominio di un terzo; come all'antico padrone od al terzo acquirente non era lecito menomare alla sua volta le servitù, che questo edifizio porgeva all'altro, adoperando in proposito la più stretta e rigorosa reciprocanza.

Ed il motivo, sul quale la Giurisprudenza è andata ad estendere siffattamente questo modo tacito di costituire servitù, si fonda nella presunzione: presume la Giurisprudenza, che il compratore di un fondo, vedendo co'proprii occhi la servitù, che l'uno edifizio presta all'altro, convenga tacitamente di conservare e mantenere questa servitù, se il fondo, ch'ei vuole acquistare, è gravato a profitto dell'altro; come presume che il compratore intenda di ripetere il mantenimento di quelle servitù che fossero a vantaggio del fondo da lui in via di acquisto costituite sull'altro fondo, che l'antico proprie-

tario si ritiene, od aliena ad un terzo: in quantochè, s'ei avesse voluto non conservarle, sarebbesi affrettato a manifestare questa sua contraria volontà; ed il silenzio s'interpetra per consenso.

Cosicchè da questa presunzione della Giurisprudenza si rileva, che per la destinazione del Padre di Famiglia s'intendevano in caso di alienazione di fondi tacitamente conservate le servitù, che agli occhi del compratore si manifestavano gravanti o profittevoli al suo fondo. Quindi se quelle servitù si mantenevano, che si appalesavano alla vista, chiaro risulta quelle sole mantenersi, che nel testo si chiamano *apparenti*, quelle cioè, *che hanno un segno materiale e visibile di esistenza.* Ed a questo requisito la Giurisprudenza aggiunse l'altro della *continuità*, che non ha bisogno di essere definito, comecchè lo sia stato superiormente.

E tutte le legislazioni hanno accolto questa interpetrazione molto larga, che la Giurisprudenza dalla *continua ed apparente servitù Tigni immittendi* contemplata nella *L.* 35. *D. De Servit. urb. præd.* tradusse a tutte le altre servitù ugualmente *apparenti* ed ugualmente *continue*: perocchè in tutte le moderne legislazioni troviamo a chiare note espresso: *Che per le servitù continue ed apparenti la destinazione del Padre di Famiglia tien logo di titolo.*

Infatti il Codice Napoleone agli articoli 688. 689, 690, 692, 693, 694, sanziona come appresso:

Art. 688. « Le servitù sono continue o

« discontinue. — Le servitù continue sono quelle
« il cui esercizio è o può essere continuato,
« senzachè sia necessario un fatto attuale del-
« l' uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillici-
« dii, i prospetti ed altre di questa specie. — Le
« servitù discontinue sono quelle, che richiedono
« un fatto attuale dell'uomo per essere eser-
« citate; tali sono quelle di passare, di attin-
« gere acqua, di condurre le bestie al pascolo
« ed altre simili.

Art. 689. « Le servitù sono apparenti o
« non apparenti. — Le servitù apparenti sono
« quelle, che si manifestano con opere esteriori,
« come una porta, una finestra, un acquidotto.
« Le servitù non apparenti sono quelle, che
« non hanno segni visibili della loro esistenza,
« come, per esempio, la proibizione di fabbri-
« care sopra un determinato fondo, o di fab-
« bricare ad un'altezza stabilita.

Art. 690. « Le servitù continue ed appa-
« renti si acquistano in forza di un titolo, o
« mediante il possesso di trenta anni.

Art. 692. « La Destinazione del Padre di
« Famiglia riguardo alle servitù continue ed
« apparenti tiene luogo di titolo.

Art. 693. « Non vi è Destinazione del Pa-
« dre di Famiglia, se non quando sia provato,
« che i due fondi attualmente divisi apparte-
« nevano allo stesso proprietario, e che siano
« da lui state poste le cose nello stato, dal quale
« risulta la servitù.

Art. 694. « Se il proprietario di due fondi,
« tra i quali esista un segno apparente di ser-

« vitù, dispone di uno di essi, senzachè il con-
« tratto contenga veruna convenzione relativa
» alla servitù: questa continua ad esistere atti-
« vamente o passivamente in favore del fondo
« alienato o sul fondo alienato. »

E lo stesso principio ammettono, comecchè copiatori del Codice Napoleone, ed il Codice pel cessato Regno d'Italia all'art. 692 e segg.; e quello del Regno delle Due Sicilie all'art. 612 e segg.; ed il Codice Civile di Parma all'articolo 543; ed il Codice Piemontese ec. ec.

E gli Scrittori di diritto, che hanno preso ad illustrare le riferite uniformi disposizioni dei varii Codici, gareggiano in uguale chiarezza ed accordo di interpetrazione. Dei quali non sarà cosa inutile passare a rassegna le opinioni e gli scritti, affinchè nulla manchi alla più compiuta elucubrazione della soggetta materia.

Fra gli scrittori francesi primo si presenta lo autorevolissimo Toullier, il quale s'intrattiene nello schiarire di qual maniera sieno i segni rivelatori della tacita servitù indotta dalla Destinazione del Padre di Famiglia. (*Droit Civil, Tome troisiéme Pag.* 290).

« On connàit cette destination par la di-
« sposition et les arrangements, qui le proprié-
« taire a faits dans les maisons ou autres hé-
« ritages soit pour satisfaire sa fantaisie et ses
« goùts ».

« Par exemple, en bâtissant deux maisons,
« voisines, ou depuis qu'il en est devenu pro-
« priétaire il fait percer des jours, ouvrir des
« portes, de maniére que l'une a sur l'autre

« ou réciproquemet toutes les deux, des vues,
« des passages etc; il établit un aqueduc pour
« conduire l'eau d'un étang ou d'une fontaine,
« qui il veut arroser. »

Nè in diversa sentenza va il Pardessus, il quale (*Traité De Servitudes* §§ 288, 289) commenta il Codice Napoleone con le seguenti parole.

« Si chiama Destinazione del Padre di fa-
« miglia lo stato, in cui il proprietario ha di-
« sposto e ordinato più fondi per il loro uso
« scambievole. »

« Qualche volta un fondo trae vantaggio
« dall'altro senza essere vicendevolmente sog-
« getto ad alcuno incomodo, che stabilisca una
« specie di compensazione; ed altre volte il
« vantaggio ed il servigio è reciproco; ma sif-
« fatte differenze niente cambiano alla natura
« ed agli effetti di questa destinazione ».

« Se in seguito questi fondi verranno ad
« appartenere a differenti padroni sia per ef-
« fetto di alienazione, o di disposizione, che ne
« facesse il proprietario, o di una divisa fra i
« suoi eredi, il servigio, che l'un fondo aveva
« dall'altro, e che era Destinazione del Padre di
« famiglia, quando appartenevano al medesimo,
« diviene una servitù, dopochè essi sono di
« due differenti proprietarii ».

« Se il proprietario di due fondi, tra i quali
« esisteva un segno apparente di Servitù, ne a-
« liena uno senzachè il contratto contenga alcu-
« na convenzione relativa a siffatto stato dei
« luoghi, desso continua secondo l'articolo 694,

« ad esistere attivamente o passivamente a fa-
« vore del fondo alienato o sopra di esso. »

I Sigg. Teulet e d'Auvilliers (*Les Códes Français annotés art.* 694, *nn.* 10, *à* 13) insistono alla lor volta sulla indispensabilità dell'*apparenza* della Servitù, dicendo che questa apparenza o segno apparente « *suffit pour con-* « *stater la servitude, et en l' absence du quel* « *elle ne pourra jamais être réclamée* ».

Ed il Rogron (*Côde Civil expliqué Livre II, Article* 692) spiega il motivo, pel quale la Servitù, che vuolsi tacitamente indotta per la Destinazione del Padre di famiglia, deve portare con sè questo segno apparente: perchè, dic'egli, se non pure le apparenti, ma le servitù tutte senza distinzion veruna si potessero pretendere indotte dalla Destinzione del Padre di famiglia, si dischiuderebbe una via interminabile agl'inganni ed alle frodi, e tristissima e pericolosissima si renderebbe la via agli acquisti di beni immobili, sui quali potesse cadere il sospetto di una qualche Destinazione del Padre di famiglia.

Nè dissimile dagli Scrittori francesi è il parere de' più autorevoli giureconsulti italiani, che intorno a materie di diritto hanno dettato in paesi, ove vigono i Codici, che hanno adottato essi pure la Destinazione del Padre di famiglia: tra i quali scrittori mi basti riferir il De Augustinis, giureconsulto napoletano. Questi, dopo avere ammaestrato della giustizia e ragionevolezza della Destinazione del Padre di famiglia, e detto che il rigettare questo modo d'indurre servitù, quando non sieno equivoche, sarebbe lo stesso che vo-

ler chiudere gli occhi alla luce del sole, soggiunge:

« Bisogna per altro, che le Servitù sieno
« di quelle che hanno i caratteri di continue
« ed apparenti, cosicchè solamente ne'lumi fissi,
« nelle finestre, ne' balconi di prospetto o d'in-
« trospetto, nell' acquidotto, nelle grondaie, nei
« focolari o tubi fumarii, nei ripigli per con-
« tinuazione di fabbriche e cose simili, la De-
« stinazione trasforma i veri servigi fondia-
« rii . . . . Concluderemo col dire, che, consi-
« derata la Destinazione del Padre di famiglia
« nei casi, dove può produrre Servitù, come
« titolo risultante da presunta convenzione,
« debb' essere sempre mai con riserva accor-
« data pel motivo già troppo noto, che alle
« presunzioni non si ricorre, se non raramente,
« e quando ogni altro titolo rimane in silenzio
« o non suscettivo di applicazione. »

Dunque è principio di diritto, che nel caso di due edifizii appartenuti al medesimo proprietario, fra i quali esista una servitù attiva o passiva, e nel caso di loro alienazione, senzachè si faccia menzione di tal servitù, questa s'intende riservata in forza della Destinazione del Padre di Famiglia.

Dunque per la Destinazione del Padre di Famiglia s' intendono conservate tutte quelle servitù, che abbiano il doppio carattere:

1. DELLA CONTINUITA'

2. DELL' APPARENZA.

Per giudicare adesso, se la Destinazione del Padre di Famiglia possa applicarsi al caso

concreto, se cioè tal Destinazione del Padre di Famiglia faccia ostacolo all'apertura di finestre nello stabile del sig. Gaetano Trebbi, si rende necessario richiamare alla memoria le circostanze di fatto, che accompagnano questa quistione: e sono le appresso. Il sig. Gaetano Trebbi ha superedificato sopra un corpo di fabbrica, composto di un solo stanzone da terra a tetto, il cui lato manco confina con altra sua proprietà; il diritto con la casa del sig. Giovacchino Caruana, la facciata sopra un cortile di proprietà del sig. Trebbi, cortile che separa questo corpo di fabbrica, su cui ha superedificato, dalla rimanente sua proprietà; ed il tergo finalmente sopra un orto di proprietà del sig. Giovacchino Caruana. — OR DUNQUE NEL CASO NOSTRO SI TRATTA DI UN INNALZAMENTO DI FABBRICA; QUINDI SI TRATTA DI VEDERE SE PER LA INVOCATA DESTINAZIONE PEL PADRE DI FAMIGLIA POSSA PRETENDERSI INDOTTA ATTIVAMENTE A FAVORE DELLO EDIFIZIO DEL SIG. CARUANA, E PASSIVAMENTE A CARICO DELLO EDIFIZIO DEL SIG. TREBBI LA SERVITÙ ALTIUS NON TOLLENDI. — Questo è il vero terreno, su cui deve fondarsi la quistione, e questo è pure il vero aspetto, sotto cui dev'essa riguardarsi.

Così proposta la quistione, proverò che la Servitù *Altius non tollendi* non può dal sig. avversario pretendersi:

1. Per le massime della Destinazione del Padre di Famiglia derivanti dal dritto Romano antico.

2. Per la Giurisprudenza antica e moderna

nostrale e straniera, sì dei consulenti, che dei decidenti.

3. Per la materiale posizione ed ubicazione dei fondi.

1. *La Servitù* altius non tollendi *non può giammai dirsi indotta dalla Destinazione del Padre di Famiglia sì pel dritto romano antico, sì pel dritto moderno europeo.*

È opinione di certuni, e fra questi è la Difesa dell'Avversario sig. Caruana, che per la Destinazione del Padre di Famiglia sia interdetta ogni e qualunque immutazione negli Stabili, che provengano da un medesimo proprietario, cosicchè la Destinazione medesima è da costoro interpetrata, anzichè a conservare e mantenere le *servitù continue ed apparenti,* a serbare l'antica forma degli stabili, i quali vorrebbero essi, che così dovessero essere, in perpetuo, come per lo addietro furono. — La quale opinione quanto sia falsa basterà a rilevarlo ciò, che noi saremo per dire, cioè che è permesso negli edifizi, comunque provenienti da un solo padrone, ogni e qualunque innovazione, purchè non ne rimangano alterate quelle *servitù continue ed apparenti,* che si potessero verificare in uno di questi edifizi.

E che tale sia la verità lo dimostra appunto il tema, su cui sto occupandomi, cioè che la Servitù *Altius non tollendi* non può mai essere pretesa dalla Destinazione del Padre di Famiglia: la quale, se procedesse la pretensione

avversaria, dovrebbe fare ostacolo allo innalzamento di uno degli edifizi, che fossero appartenuti ad un medesimo padrone.

Si rilevava di sopra, che questo modo tacito di costituire servitù, derivò dalla interpetrazione delle due *Leggi* 35 *e* 36 *D. De Servitut. urban. prædior;* interpetrazione che, argomentando dalla *continua ed apparente Servitù tigni immittendi,* inferì a tutte le altre servitù, che fossero ugualmente *continue* ed *apparenti,* come quella era ed è.

Ma frattanto e dal Dritto Romano e dalla universale Giurisprudenza rimasero escluse tutte le altre servitù, alle quali mancasse quel doppio requisito della *continuità* e dell'*apparenza.*— E fra queste primeggia, come espressamente contemplata nel Testo, la Servitù *Altius non tollendi.*

Infatti il Testo nella *L.* 9, *D. De Servit. urban. praed.* così dispone: — ivi — *Gaurus Marcello: Binas aedes habeo: alteras tibi lego: haeres aedes alteras altius tollit et luminibus tuis officit: numquid cum illo agere potes?... Marcellus respondit. Qui binas aedes habebat, si alteras legavit; non dubium est, quin haeres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium.*

Nel Testo adunque si parla di due case appartenenti ad un solo padrone, il quale una ne lascia all'erede; un'altra al legatario: niun dubbio che per questi due fondi non si possa ripetere la Destinazione del Padre di Famiglia, se in essi si riscontrasse una qualche servitù

continua ed apparente. Ma intanto nella casa lasciata in legato, comecchè superiore, si verificava la *servitus luminum*; e niun dubbio, che tal servitù non sia di quelle, che si caratterizzano per *continue* ed *apparenti:* ma l'erede pon mano ad un rialzamento della sua casa, e viene pertanto ad oscurare i lumi della casa legata; con questo innalzamento viene a menomare la Servitù *continua* ed *apparente*, che apparteneva ad essa: eppure il Testo decide potersi fare. E perchè? perchè quantunque la servitù *luminum* sia *apparente* e *continua*, tuttavia essendo necessaria per la sua conservazione la Servitù *Altius non tollendi*, che non è nè *continua* nè *apparente*, il Testo dichiara non potersi pretendere per *destinazione del Padre di Famiglia.*

Nè sarà opera inutile riferire a conforto di questa interpetrazione della chiarissima disposizione della riferita *L.* 9, il non meno chiaro commento, che vi fa il giureconsulto Bartolo. Eccone il tenore. » Reassumamus per ordinem.
« Prima quæstio est, si hæres altius ædificando
« obscurat lumina ædium legatarum, utrum
« legatarius possit cum illo agere? Et Jure-
« consultus respondit, quod potest obscurare,
« non tamen in totum. Si enim in totum obscu-
« raret, posset cum illo agi... Prædicta vero in
« his servitutibus, de quibus hic loquitur: SED
« SI ESSET SERVITUS TIGNI IMMITTENDI, VEL ONE-
« RIS FERENDI ET SIMILIA, TUNC EO IPSO, QUOD
« RES SIC VENDITUR VEL LEGATUR, VIDETUR TRAN-
« SFERRI CUM IPSO ONERE. »

Puossi mai desiderare chiarezza maggiore di questa? Il Bartolo, come dalla Servitù *tigni immittendi*, od *oneris ferendi*, e simili (cioè dalle altre *continue* ed *apparenti)* inferì a tutte le altre ugualmenti *continue* ed *apparenti*, così esclude dalla Destinazione del Padre di famiglia la Servitù *altius non tollendi*, comecchè mancante di quelle caratteristiche. Ed a ragione: perocchè, se per dire indotte tacitamente le servitù, vuolsi che queste sieno *apparenti*, mi si dica di grazia se la Servitù *altius non tollendi* è tale. Quali sono in essa Servitù i segni apparenti, che devono avvertire il proprietario di un edifizio, che gli è interdetto d'innalzarlo? Veruno: dunque se non vi è SEGNO CHE INDICHI LA SERVITÙ, questa non può essere APPARENTE; e NON ESSENDO APPARENTE non può essere pretesa per la DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA.

Vero è che la *L.* 9, *D. De Servit. urban. praedior.*, dopo avere ammessa la facoltà nello erede di potere oscurare a suo piacimento le luci della casa del legatario, soggiunge « *Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderationem* »; al tempo medesimo cioè, che si consentiva lo innalzamento della casa, si voleva che l'oscuramento delle luci del vicino non si facesse totalmente, ma si lasciasse al medesimo il lume strettamente necessario, *ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur quantum sufficit habitantibus in usus*

diurni moderationem. — Ma che perciò? questa limitazione procede ella forse da una servitù, che si vuole tutelare? No: si esamini attentamente l'intrinseco significato di queste parole, e si scorgerà, che in quelle non si consacra il rispetto ad una servitù tacitamente costituita; ma solamente si suggerisce un rimedio derivante da equità, da quella equità, con cui la sapienza legislativa romana camminava di pari passo; a quella equità che non permetterebbe che la casa del vicino fosse ridotta alla condizione di un carcere tenebroso; di quella equità che aborrisce, giusta le gravissime parole de' più bei giudicati nostri, da questo, che colui che con tanto dispendio si è fabbricata una casa sia costretto a seppellirsi vivo entro di essa, o sotto il sole di mezzogiorno vivere allo incerto chiarore di una lucerna.

Ma ritorniamo a quella pretensione, che fino da principio io avvertiva fallace ed erronea, che cioè per le Teorie della Destinazione del Padre di Famiglia dedotte dalle *Leggi* 35 *e* 36, *D. De Servit. urban. prœd.* sia proibita non pure l'alterazione delle Servitù esistenti correlativamente fra due fondi provenienti da un medesimo proprietario, ma la immutazione materiale qualunque di uno di essi. È certo, che se ciò fosse, esisterebbe contradizione fra le *LL.* 9 *e* 36 *D. De Servit. urban. prœd.* perocchè ambedue procedono in termine di legato; ambedue parlano di due case di primitiva appartenenza ad un solo proprietario; ambedue parlano di servitù che loro competono: e dopo tutto que-

sto per le *Leggi* 35 *e* 36 si negherebbe ciò, che la *L.* 9 permette. — Dunque o bisognerebbe ammettere contradizione nel Testo, o confessare che per le *Leggi* 35 e 36, non s' interdice ogni e qualunque nuova opera, che in una delle due case far si volesse. — Ma lo ammettere contradizione nel Testo sarebbe un andare contro il principio universalmente ricevuto, che attesa la inarrivabile eccellenza delle leggi romane non deve mai ritrovarsi in quelle veruna contradizione, incoerenza ed antinomia; e che lo studio precipuo del giureconsulto, che commenta le leggi romane, quello essere deve di conciliare quelle apparenti antinomie, che sembrano talvolta esistere fra più leggi, che versano sulla stessa materia. — Ora qual migliore conciliazione di quella, che si raggiunge con la interpetrazione già fatta delle *Leggi* 9, 35 *e* 36. *D. De Servit. Urban. prœd.* rivolgendo cioè la disposizione della *L.* 35, ad escludere la costituzione delle *Servitù negative* per la destinazione del Padre di Famiglia; — e la disposizione delle altre due *Leggi* 35 *e* 36 ad ammettere la costituzione delle contrarie servitù, cioè delle *affermative* mediante essa Destinazione? — Cosicchè la distinzione di servitù in *affermative* e *negative*, o di *apparenti* o non *apparenti* non si parte già dal capriccio di un qualche giureconsulto, o di taluna Sentenza o Decisione, ma dal Testo medesimo. Infatti le Servitù *Ne luminibus officiatur*, *ed altius non tollendi* contemplate nella *L.* 9, sono negative; mentre al contrario sono affermative quelle

ligni immittendi e *oneris ferendi* contemplate nelle altre *Leggi* 35 e 36.

Dunque la Servitù *altius non tollendi* non potrà mai pretendersi indotta dalla Destinazione del Padre di Famiglia, o in altro qualsivoglia tacito modo, tranne un solo, che viene insegnato dalla *Glossa* (seguíta in questo da tutti i Consulenti) alla *L. Qui luminibus* 10 *D. De Servit. urb. pœd,* ed alla *L.* 1 *Cod. De Servit. et Aqua:* ed è nel caso, che si verifichino due fatti positivi; cioè incominciamento di una nuova opera, sia questa innalzamento di edifizio od altra qualunque) per parte di uno; inibitoria per parte di un secondo; ed acquiescenza a tale inibitoria dal canto dello edificante per tanto tempo mantenuta, quanto si richiede a compire il periodo della prescrizione di una servitù di quel genere. — In mancanza di questi due fatti positivi (molto diversi dalle congetture, che si possono desumere dalla presunzione) il non fabbricare, od il non innalzare la fabbrica si reputa come un effetto della volontà, un astenersi spontaneo, anzichè un effetto di servitù: e quindi anche dopo un milione di anni (è la espressione energica della Glossa) non mi sarebbe impedito di poterlo fare. « *Servitus altius non tollen-* « *di,* è la Glossa che parla, *decem annis præscri-* « *bitur: decennium tamen incipit currere ab eo* « *tempore, quo vicinus cœpit ædificare, et tu prohi-* « *buisti iure hujus servitutis, non prius...Alio-* « *qui si per mille millia annorum in areola mea,* « *quae est juxta palatium tuum est, numquam* « *aedificavi, non tamen possum prohiberi a te.* »

II. *Così ha ritenuto la Giurisprudenza antica e moderna, nostrale e straniera, tanto dei Consulenti, quanto dei giudicanti.*

Dopo la non cavillosa interpetrazione assegnata alle *Leggi* 9. 35. *e* 36. *D. De Servit. urban. præd.*, discenderò a dimostrare, che tutti i Giureconsulti così antichi come moderni, non meno che i Tribunali così nostrali come stranieri hanno ritenuto i medesimi principii, cioè in genere, che la Destinazione del Padre di Famiglia non si estenda alle servitù negative; ed in ispecie, che per essa destinazione non si possa pretendere indotta la Servitù *altius non tollendi.* E per dimostrarlo, nulla di più agevole, bastando riferirli.

E primo fra la eletta schiera si presenta il De Luca, cui la Porpora fu premio condegno alla vastità del sapere. Questo insigne Giureconsulto nel suo trattato *De Servit. Disc.* 2. *num.* 10. insegna — ivi — « Non curato tertii præjudi-
« cio exinde resultante, quoniam attenditur prin-
« cipaliter utilitas facientis seuædificantis in suo,
« non autem damnum, quod exinde accessorie
« seu consecutive alteri resultat, excepto casu
« æmulationis, quæ tamen in dubio non præ-
« sumitur ex deductis apud proxime allegatos;
« minusque curato quocunque longissimo tem-
« poris decursu, quoniam cum id provenerit
« ex non usu facultatis, numquam intrat præ-
« scriptio, quoties non concurrant ea, quæ fa-
« cultatem excludunt ex collectis per *Buratt.*

« *dec.* 38. *Thessaur. dec.* 16. *Roias. dec.* 460 et
« frequenter hoc titulo in proposito decursus
« aquarum vel accessus ad furnos et molendina,
« *sub titulo de Regalibus* ».

E più chiaramente il medesimo giureconsulto insegna nel *Disc.* 13. *num.* 1. *e* 2. — ivi —
« Ottino volenti domum suam depressiorem al-
« tius extollere, atque in quadam area novum
« ædificium ex integro construere, se opposuit
« vicinus eo sub prætextu, quod ejus domus, ac
« præsertim scholæ luminibus ita officeretur;
« unde, introducta causa in consueto tribunali
« Camerarii et ædilium, injustam pro Ottino
« scribens dicebam vicini oppositionem ex vul-
« gari *disp. test. in L. altius cum ibi communi-*
« *ter Cod. De Servit. et Aqua*; adversus quam
« aliud ex parte oppositoris non adducebatur,
« nisi antiquissimi temporis lapsus, ex quo dice-
« batur resultare præscriptam servitutem *altius*
« *non tollendi*: sed levissimum erat fundamen-
« tum, quoties aliud extrinsecum servitutis ad
« miniculum non accedit, quoniam ita esset de-
« struere regulam textus recte fundatam in ra-
« tione facultatis contra quam non datur præ-
« scriptio *ad text. in L. qui luminibus D. De.*
« *Servit. urb. prœd. ubi. Angelus. in L.* 3. *et*
« *cœteri apud. Surd. cons.* 127. *Burat. Dec.* 38.
« *n.* 3, *et seq. Roias. Dec.* 460*: late in Malevi-*
« *tana decursus aquarum* 31 *Januarii* 1656
« *cor. Meltio et in aliis* quia est propositio abso-
« luta ».

Ed ancor più chiaramente con queste parole. « Quanto quia cum utraque domus antiqui-

« tus effecta esset unius domini, qui est author
« illorum de Hondedeis, deinde vero partem ven-
« diderit authori Comitissæ cum omnibus eius
« luminibus et juribus etc., videtur ita inducta
« servitus ne dictæ domus venditæ luminibus
« officiatur ad *tex. in l. Binas. aedes* 9 *et l.*
« *Binas qui aedes* 35 *D. De Serv. Urb. præd.*
« *ubi notant DD. de quibus ample Bursatt. d.*
« *con.* 57. *n.* 12. *Bero cons.* 133 *vol.* 3, *Thessaur.*
« *Dec.* 216 *et alii, et de quo puncto agitur*
» *particulariter in Romana putei hoc. eod. tit.*
« *disc.* 32 . . . . .

« Et quantum nulla nullatenus obstat, omissa
« enim quæstione an text. in *l. Binas. qui aedes*
« *cum concordan.* procedat solum in ultimis vo-
« luntatibus, vel etiam in contractibus ex late
« deductis in his terminis per Thessaur. Dec. 216
« et Beroum *Consil.* 133 *l.* 3 dato etiam quod
« intraret, intelligenda tamen veniunt cum du-
« plici temperamento. PRIMO SCILICET, UT
« PROCEDAT IN SERVITUTIBUS HABENTIBUS
« CAUSAM CONTINUAM ET PERMANENTEM,
« NON AUTEM IN ALIIS, ut in punto ex Bero
« dicto cons. 133 n. 12 reprobato nominatim
« Bursatto. *Rovit. d. Dec.* 30 n. 11. Secundo
« quia dicta conclusio procedit ad effectum, ne
« lumina totaliter obscurentur; secus si tantum
« æris remanet, quod cœli apsectus, luminis in-
« gressus, ac æris vel ventorum agitatio non
« impediantur, ut ad literam probat item tex-
« tus, ac admittunt omnes, absque controversia,
« cum nullo iuri nullaque ratione cautum re-
« periatur, tacitam servitutem a sola juris di-

« spositione subintellectam censeri ad luxum et
« amœnitatem ».

Ed il medesimo cardinal De Luca conferma questi principii nel disc. 32 del medesimo titolo *De Servitutibus*. « Replicabant scribentes in con-
« trarium haec procedere, continuante dominio
« ejusdem domus, seu ædificii penes eamdem
« personam; secus autem data divisione inter
« plures, ac propterea assumebant quæstionem
« originatam ex distinctione tradita per *Bald.*
« *Castrens, et alios in l. Binas qui Ædes D. De*
« *servit. urban. prœd.*, de quibus plene *Surd.*
« *cons.* 17 *n.* 23 *cum seqq. et n.* 28 *cum seqq.*
« *Bero. cons.* 132, *n.* 13, *n.* 13 *e* 14 *lib.* 3. *Ro-*
« *vit. decis.* 98 *n.* 2, *et cœteri.* An scilicet, ven-
« dita parte domus, censeatur per venditorem
« constituta vel respective reservata servitus
« super illis commoditatibus, quas una pars al-
« teri præstabat de tempore, quo erant sub eo-
« dem domino. IN QUA QUESTIONE DISTIN-
« GUI SOLET, INTER SERVITUTES HABEN-
« TES CAUSAM CONTINUAM VEL DISCONTI-
« NUAM, sive an verba venditionis seu alterius
« contractus essent ampla et continentia tran-
« slationem omnium jurium et pertinentiarum
« necne, et quam quæstionem ego reputo de
« illis, quæ sunt magis facti, quam juris, cer-
« tam ac universam regulam non recipientes,
« sed in concreto, juxta singulorum casuum
« circumstantias, decidendæ. »

E finalmente il medesimo De Luca nella *Summa de Servitut. n.* 14 — *Ivi* — « Cuili-
« bet in suo quod libet placet facere licet, pro-

« priam extollendo, pro juristarum dicterio, do-
« mum usque ad sydera: vicini vero præjudi-
« cium quod luminibus vel aspectui resultat ne-
« gligitur. Antiquitas et lapsus temporis huic na-
« turali libertati altius tollendi, aliudve novum
« opus in suo faciendi nullum præstat præjudi-
« cium, cum facultati potius id non fecisse re-
« ferendum sit. »

Il Ciarlini (*Controvers. forens. Judicior. lib.* 1, *cap.* 30 *n.* 1) ritiene uguali principii. — Ivi — « Prima sane facie videtur fabricam
« dicti Grilinzoni non posse impediri, et nuncia-
« tionem, uti notorie injustam, sperni posse, si
« quidem certum est, omnibus licere ædes suas
« altius tollere etiam usque ad cœlum *ad test.*
« *in lege altius C. De Servit.*, etiamsi vicinus
« officiat luminibus vicini *L. Cum eo D. De*
« *Servit. urban. prœd;* quod adeo verum est,
« ut, etiamsi vicinus habuerit per mille annos
« domum humilem et depressam, adhuc tamen
« eam possit elevare, non obstante ulla præscri-
« ptione, quæ in his servitutibus negativis non
« currit, nisi a die prohibitionis *Glos. est commu-*
« *niter approbata in L. qui luminibus ; ubi*
» *etiam Bartol. D. De Servit. urb. prœd. Cœ-*
« *poll. eod. tract. cap.* 38. *Duenn.* 29, 33, *nn.*
« 1, 2, 3, *Matres. in not. c.* 13, *Rip. in casu*
« *cum Ecclesia Sutrina num.* 50 *de Causis pos-*
« *ses. etc.* »

Medesimamente il Costantino (ad Stat. Urb.) ammaestra: « Super pariete, ut supra
« proprio, potest dominus ad libitum ædificare
« et altius tollere usque ad cœlum, nec potest

« impediri in libero usu rei propriae, etiamsi
« per mille annos idem murus non fuisset ele-
« vatus, nisi præcesserit prohibitio elevandi ac
« fabricandi cum acquiescentia. *L. Altius Cod.*
« De Servit. et Aqua et L. Cum. eo *D. De Serv.*
« *urban. prœd. Jason. Cons.* 98, *n.* 5, *et seq.*
« *lib.* 1, *Menoch. cons.* 1237. *n.* 29, *Aldovin. cons.*
« 10, *n.* 10, *et infra. Anton. Pereg. Cons.* 3, *n.* 2.
« *Anell. Amat. cons.* 40 *n.* 3, *et* 4, *Palm. Nepos.*
« *allegat.* 260, *n.* 8, *tom.* 3, *Thomat. decis.* 119,
« *n.* 9 *et* 10 *in alleg. Voto Praesidis Viarum in*
« *rec. par.* 7, *decis.* 253, *n.* 58, *et* 59. »

« Et quidem potest ad libitum illum ele-
« vare et in eo aperire fœnestras habentes
« prospectum in curtem, aream, domum vel
« hortum vicini, dummodo id faciat ad suam
« propriam utilitatem et non ad æmulationem.
« *Aldovin. Cons.* 10, *n.* 7, *per tot. Anell. Amat.*
« *cons.* 40 *n.* 3, *Card. De Luc. De Serv. Disc.* 2,
« *n.* 5 *et* 6, *n.* 9, *Rocc. Disp. Jur. Selectae tom.* 2,
« *cap.* 174, *n.* 5, *Leo Decis Valent.* 177, *n.* 8, *et*
« 9, *lib.* 1, *Sperell. Dec.* 55, *per tot. et luc. Rot.*
« *Dec.* 587, 596, 599, 611, *p.* 5, *t.* 2, *rec. et in*
« *Asculana fœnestrarum* 6, *Martii* 1690 § *Assi-*
« *stit enim cor. R. P. D. Caprara,* quæ sunt ad
« materiam magistrales. »

« Quod procedit etiamsi per elevationem
« luminibus vicini officiatur. *Magon. decis. Lu-*
« *cens.* 29, *n.* 9, *Rot. Dec.* 404, *n.* 1, *versic. etiam*
« *extollendo coram. Amat. Dunozzet*; cessante
« tamen æmulatione vel servitute, ne luminibus
« officiatur vicino debita *Sperell. alleg. decis.* 55,
« *n.* 28, *et infra,* ubi late extendit, et quibus re-

« sultet vel cesset æmulatio *Rot. plene decis.* 61
« *par.* 17. *recen.* »

« CONCLUSIO VERO, QUOD QUIS NON POSSIT
« ELEVARE MURUM PROPRIUM, NEC IN EO APERIRE
« FOENESTRAS, SI ADSIT SERVITUS FAVORE VICINI,
« NE LUMINIBUS OFFICIATUR, VEL PROSPICIATUR
« IN EJUS DOMUM, PROCEDIT IN SERVITUTE EXPES-
« SE CONVENTA, QUAM TACITA DESUMPTA EX SI-
« GNIS, CONIECTURIS, QUÆ SERVITUS TACITA, EX
» QUIBUS RESULTET, videantur *Cyriac. controv.*
« *28, n. 19, et infra Card. De Luca De Ser-*
« *vit. Disc. 3, per tot. et disc. 4, n. 22, Rot.*
« *Decis. 71, cor. Ninot. confirmata coram Ota-*
« *lora in recen. par. 14, decis. 276, in qua*
« *causa scripsit Card. de Luca allegat. disc. 3.* »

« Quinimo, etiam supposita servitute ne
« luminibus officiatur, potest proprius murus
« elevari, quando, facta elevatione, potest a vi-
« cino videri tanta pars cœli in quacumque
« parte plani nobilis domus, cui debetur dicta
« servitus, quanta de præsenti conspicitur ante
« elevationem ut in *dict. vot.* 253, *n.* 61, *par.*
« *7, rec. et facit Rot. Dec. 404, per tot. coram*
« *Amat. Dunozzetto.* quod stante servitute ne
« luminibus officiatur potest elevari murus ,
« quoties ubi per hunc non inferatur præiu-
« dicium luminibus, licet impediatur prospectus,
« cum servitus ne luminibus officiatur, tamquam
« stricti juris, non possit extendi ad servitutem
« prospectus. »

Il medesimo Costantino nell'*Annotatione* 23, *Articolo* 2, *num.* 214. (Tom. 1, pag. 366, in fin.) conferma quanto di sopra aveva esposto: — Ivi —

« Non potest tamen super parieti communi su-
« peredificari, si adsit servitus constituta, ne
« luminibus officiatur, vel si ædificetur ad æmu-
« lationem. *Legg. Cons.* 53, *n.* 30, *et* 31: at
« servitus debet concludenter probari; alias so-
« cius non impeditur super muro communi
« apto ad ædificandum superdificare *Soccin. sen.*
« *cons.* 44, *n.* 3, *versic. circa secundam quae-*
« *stionem et nn. seqq. lib.* 4. — Prout debet
« probari, quod ædificium fiat ad æmulationem,
« cum hæc non præsumatur ex supra firmatis,
« et post alias firmat Rot. decis 450, n. 8 et
« 9, coram Duran. »

« Dicta autem servitus ne luminibus offi-
« ciatur dicitur inducta, ex qua utraque domus
« antiquitus erat unius domini, qui postea il-
« lius partem vendidit alteri cum omnibus eius
« juribus, luminibus etc. et sic non potest in
« præjudicium luminum domus vendita ædifi-
« cari, si hujus lumina per novum ædificium
« obscurentur *Bursat. cons.* 57, *n.* 12, *lib.* 1,
« *Surd. cons.* 17, *n.* 33, *et seqq. lib.* 1, *et alii*
« *apud Card. De Luca Servitutib. disc.* 6, *n.* 7,
« *et disc.* 32, *n.* 10, *et videtur hoc probari per*
« *text. in L. Binas qui aedes* 35, *D. De Servit.*
« *Urban. Prœdiorum.* »

« *SED OPINIO NEGATIVA EST VERIOR,*
« *QUIA INTELLIGITUR FACTA VENDITIO CUM*
« *OMNIBUS SERVITUTIBUS HABENTIBUS CAU-*
« *SAM CONTINUAM PERMANENTEM AC PERPE-*
« *TUAM NON AUTEM CUM SERVITUTE AL-*
« *TIUS NON TOLLENDI ET NE LUMINIBUS*
« *OFFICIATUR, QUÆ NON HABET CAUSAM*

« *PERPETUAM Bero cons.* 133, *n.* 12, *et seq.*
« *Rovit. Decis.* 30, *n.* 11, *qui rejicit in specie*
« *Bursatt. dict. cons.* 57, *pro contraria opinione*
« *adductum, et sequitur Card. De Luc. De Ser-*
« *vit. Disc.* 6, *n.* 8, *versic. primo scilicet* ».

Ed il Pacichello (*De Distantiis Cap.* 6, *memb.* 1, *n.* 23), espone eguale principio: « Sci-
« endum quoque hic tandem est, fœnestram ha-
« bentem in muro versus vicinum, non per
« hoc esse in quasi possessione servitutis altius
« non tollendi, quoad vicinum, ut firmant DD. *in*
« *Leg. qui luminibus D. De Servit. urb. prœd. et*
« *in L.* 1, *Cod. De Servit. et aqua; et individua-*
« *liter Paseth. cons.* 130, *n.* 10. »

Ed il Coepolla nel suo Classico Trattato (*De Servitutibus* cap. 20. n. 7.) — Ivi « Requiri-
« tur ad praescribendam servitutem, QUANDO
« EST NEGATIVA, UT SERVITUS ALTIUS NON
« TOLLENDI, prohibitio usus, ut notant, *Dyn.*
« *in t. prius. de nov. op.* Et ideo in istis ser-
« vitutibus, quae consistunt in prohibendo, non
« acquiritur quasi possessio, nisi per prohibitio-
« nem ex parte prætendentis servitutem et pa-
« tientiam adversarii. »

Ed il medesimo giureconsulto (*al cap.* 39, *n.* 1.) —Ivi— « In solo, sive area sua, regulariter
« potest quis aedificare domum et altius tollere
« usque ad cœlum, quia quidquid est supra solum
« usque ad cœlum esse debet liberum, et ejus
« cujus est solum. Et hoc intelligo, sive altius
« fuerit ædificatum, sive numquam, puta quia
« erat vacua area; immo etiamsi per mille
» annos area mea steterit juxta palatium tuum

« non aedificata, tamen potero aedificare, nec
« me prohibere poteris. »

E con tutti i già riferiti si accorda il Pecchio *(De Servit. cap. 1, quæst. 4. n. 11.)* — Ivi — « Ad elidendam hanc libertatem requi-
« ritur, ut vel probetur dominum aedificii elevare
« voluisse et extollere proprium aedificium, et
« ipse per adversarium fuerit prohibitus, et tali
« inhibitioni acquievisse, ea ratione quia in facul-
« tativis numquam currit praescriptio, nisi prae-
« cedat inhibitio et subsequatur acquiescentia. »

E fra gli stranieri il Merlin, insigne giureconsulto, ch'esaminava con impareggiabile diffusione fra gli altri modi di costituire la servitù quello nascente dalla Destinazione del Padre di famiglia, ai termini del Codice Napoleone, osserva che per le *Servitù negative* non evvi altro mezzo di acquistarne il quasi possesso che la prescrizione. *(Répertoire de Jurisprud.* M. Servitudes § 21, n. 5) — Ivi — « S'acquierent
« par la prescription seulement lorsqu'il est
« prouvé, que c'est sur la prohibition du voisin,
« qu'on n'a pas fait telle ou telle chose dans
« sa propre maison. »

Nè diversamente opina lo Schuster *(diritto di fabbricare art.* 33*)* — Ivi — « Il di-
« ritto d'impedire al vicino l'esercizio di un di-
« ritto di proprietà, che gli appartiene, fa sup-
« porre la esistenza di una servitù negativa cioè
« o di non ergere più in alto l'edificio, ovvero
« di non togliere la luce, la veduta, l'aria; ma
« la perdita del prospetto, della luce, che po-
« trebbe colpire l'edificio vicino, non appartiene

« a quella classe di danni, che ci possono venire
« imputati, mentre nulla imprendiamo sul fondo
« altrui, ma tutto sul nostro. Il vicino non dee
« già immaginarsi di avere limitato il nostro di-
« ritto di proprietà, solo per avere egli pensato
« prima di noi a fare uso del suo libero diritto
« di proprietà. Se egli voleva assicurarsi per
« sempre del prospetto, della luce e dell'aria go-
« duta fino allora dal suo edificio dovea o farsi
« da noi costituire il diritto proibitivo, ossia la
« servitù negativa; oppure non avanzarsi col
« suo edificio fino all'estremo limite. »

Ed il medesimo Schuster, poco appresso, riconferma in termini più espliciti (N. 39) — Ivi — « Per fondare una servitù si richiede, SE
« TRATTISI DI SERVITÙ NEGATIVA, CHE NOI
« AVESSIMO VIETATO AL PROPRIETARIO DEL
« FONDO DI ESERCITARE UN DIRITTO, E NE
« LO AVESSIMO IMPEDITO, E CH'EGLI SI
« FOSSE ACQUIETATO AL DIVIETO O ALL'IM-
« PEDIMENTO. »

Ed in ultimo per chiudere la serie di tanti insigni giureconsulti, il MUHLEMBRUCH opina con mirabile armonia con tutti i fin qui riferiti (*Lib.* 2, *c.* 4, § 293 *n.* 1 *in fin.*) — Ivi — « Nega-
« tivarum servitutum ea est natura, ut non
« antea possessio acquiratur, quam is qui ad se
« velit pertinere servitutem, tamquam suo jure
« prohibuerit dominum contra id, quod intendi-
« tur, facere volentem. »

Fin qui le opinioni unanimi dei più chiari consulenti italiani e stranieri.

Adesso discendo a passare in rassegna le

massime della Giurisprudenza; nè sarà meno abbondante la messe.

E comincierò dalla Giurisprudenza toscana. — E, per cominciar bene, trarrò principio dallo esaminare la celebre *Decisione* 6. contenuta nel Tom. 4, del *Tesoro del Foro Ombrosiano*, che si considera come il cavallo da battaglia di coloro, che si lasciano guidare anzi dal fanatismo che dalla ragione nella soggetta materia della Destinazione del Padre di Famiglia.

Ecco il subietto preso a decidere in quella Sentenza.

Era insorta quistione tra Ottavio di Benedetto Guasconti e Gino di Luigi Capponi da una e Andrea di Francesco Marzichi dall'altra parte, perchè questi aveva intrapreso una fabbricazione in un cortile appartenente alla sua abitazione, nel quale corrispondevano le finestre de' nominati Guasconti e Capponi: e poichè tale nuova opera pregiudicava a costoro, le cui luci rimanevano oscurate, la inibirono. Rimasti soccombenti, interposero appello, ed ottennero che fosse la prima Sentenza rivocata. Nel giudizio di appello fu ritenuto in fatto, che le case del Marzichi e degli altri collitiganti provenissero da un medesimo proprietario che fu Francesco Catani: da questo trasferite in altri, finchè ne venne il possesso una nello edificante; l'altra negli inibenti: fu pure ritenuto a favore degl' inibenti la servitù attiva *luminibus et prospectus;* come fu ritenuto gravato lo stabile dello edificante della servitù passiva *ne luminibus et ne prospectui officiatur*. Ciò stabilito, la Ruota passò a

stabilire la massima di diritto, che delle servitù *continue* ed *apparenti*, che si riscontrassero nelle case provenienti da un medesimo padrone, si dovea intendere tacitamente convenuto dai successori il mantenimento e la conservazione; e fu dilucidata la teoria con le seguenti parole — Ivi — « Quod quando est actus ser-
« vitutis habentis causam continuam, ex illo res
« ipsa accipit formam et assumit sibi quemdam
« statum et faciem operis; ideo intelligitur res
« vendita in eo statu, in quo tunc est......
« et ex hoc intelligitur imposita servitus habens
« causam continuam, quą ex ipsa res illa ac-
« cipit formam et statum, seu quamdam faciem:
« quæ ratio non habet tantum locum in servi-
« tute Tigni immittendi vel oneris ferendi, sed
« etiam in qualibet alia servitute habente cau-
« sam continuam, puta stillicidii et luminis reci-
« piendi. Esset enim fatuum dicere, quod vendita
« parte domus, in qua caderet stillicidium alte-
« rius partis, quod illud deberet removeri, si non
« esset expresse reservata, et quod non intel-
« ligitur in dubio dicta servitus constituta: sed
« dicta ratio non habet locum in servitute ha-
« bente causam discontinuam, puta viae vel iti-
« neris, quia ex illa res ipsa non accipit for-
« mam, nec statum aut faciem operis. »

E poichè alquanto tempo innanzi fra' Guasconti ed un tal Neri autore di detto Marzichi era stata quistione, perchè questi voleva togliere una doccia, ed il primo si opponeva, ed i Capitani di Parte avevano intimato, che non si potesse alterare quella servitù, comecchè esi-

stente al tempo della vendita, e quindi doveasi presumere che le parti avessero tacitamente convenuto di lasciarla stare, come stava, così nella causa presente fu ritenuto, che a più forte ragione non si potessero menomare le *Servitù dei lumi e del prospetto.*

Per la necessità della Difesa del sig. Gaetano Trebbi accetterei volentieri le massime stabilite dalla Decisione, di cui ho offerto l'analisi, perchè, come stanno le cose nel caso in quistione, sono ben lungi dallo impedire l'apertura delle finestre nella superedificazione, che il mio cliente ha fatto nel suo stabile. Imperocchè, mentre nel caso risoluto da quell'antica Decisione trattavasi di menomare o toglier due Servitù apparenti a favore di un altro edifizio, nel nostro vorrebbesi invece costituita tacitamente la *Servitù Altius non tollendi* gratuitamente, senza veruna necessità di conservazione di servitù già costituita: VORREBBESI INFINE UNA SERVITÙ NEGATIVA, PERCHÈ NON FOSSE SOTTOPOSTO A SERVITÙ NON IL CONTIGUO EDIFIZIO DELL'AVVERSARIO, MA UN ORTO. — Per i bisogni pertanto della Difesa del mio cliente, non esiterei ad accettare le conseguenze della Decisione Ombrosiana; — ma l'amor della Scienza mi obbliga a rifiutarla ed a combatterla, perchè erronea al punto di non aver conosciuto, o saputo o voluto conoscere la *L.* 9, *D. De Servit. urban. præd.* la quale, appunto in un tema identico, risolveva con massime diverse. Quindi non posso essere tassato di temerità, se non esito a rigettare

una Decisione, per attenermi al Testo, essendo principio omai inconcusso, che non fanno autorità nè stato le Decisioni, che han giudicato in aperta contravvenzione alla Legge.

Ma vi è di più: questa Decisione rimane unica nella subietta materia, imperocchè la successiva Giurisprudenza unanime in casi uguali di Servitù *altius non tollendi* ha ritenuto massime diverse, e contrarii principii.

Infatti evvi la Decisione della Ruota Fiorentina nella *Liburnensis Altius non Tollendi* degli 8 Luglio 1785 a relazione dell'Auditore Simonelli, citata da tutti i posteriori giudicati, nella quale viene ammaestrato, che la Servitù negativa *altius non tollendi* non può in verun altro modo costituirsi, che per patto espresso.

Più esplicita è l'*Aretina Altius Tollendi de' 22 Aprile* 1795 *avanti Pardini,* la quale è meritevole di una specialissima considerazione, non pure pel modo con cui stabilisce la Teoria nella presente materia, ma ancora per la confutazione che fa della Decisione contenuta nel Tom. IV del Tesoro del Foro Ombrosiano. - Ivi -

« Infatti per comun sentimento dei Dottori
« e dei Tribunali è lecito al successore in una
« delle due case la elevazione della sua, an-
« corchè con essa venga ad oscurare grave-
« mente le luci della casa acquistata dal suo
« vicino, purchè la elevazione non tenda ad
« oscurargliele onninamente, ed in modo da
« rendere inabitabile ed inservibile la casa me-
« desima, come ad una bocca fermano il *Fa-*
« *ber ad repet. text. in L. Binas aedes D. De*

« *Servit. urb. prœd.* — Ivi — *Utroque casu et*
« *haeres officere luminibus et obscurare legatas*
« *aedes ita potest, ut non penitus lumen reclu-*
« *datur, sed tantum relinquatur, quantum ha-*
« *bitantibus sufficit in usus diurni moderationem.*
« Tulden. Comment. ad Lib. 8, tit. 2, De Serv.
« urban. prœd. Cap. 3, n. 2. Cujac. Comment.
« Juris. Aedit. Neapolit. pag. mihi 413, tit. 7. De
« Luca De Servit. disc. 6, n. 9. Costant. ad
« Stat. urb. adnot. 23, art. 2, n. 218, et segg.
« *Paulut. Dissert.* 22, *art.* 2, *n.* 88, *et segg.*
« — Ivi — *Tunc enim per dictam venditionem*
« *inducta videtur servitus, ne domus venditae*
« *luminibus officiatur* L. Binas aedes 9. et L.
« Binas qui aedes 35, D. De Servit. urban.
« praed., *et hos textus procedere tam in ul-*
« *timis voluntatibus quam in contractibus fir-*
« *mant Bero etc. Sed haec deductio, seu illatio*
« *duplicem habet intellectum, ut nempe censean-*
« *tur inductae servitutes habentes causam con-*
« *tinuam et permanentem, non autem . . . ; et*
« *secundo ad effectum ne lumina totaliter obscu-*
« *rentur, non autem ad luxum et ad amœni-*
« *tatem; unde satisfactum erit, si restet tantum*
« *aeris vel ventorum agitatio non impedietur.*
« Rot. Rom. Dec. 253, n. 60, 61, p. 7, Rec.
« — Ivi — *Minus juvat dicere, domum D. Se-*
« *raphini et aliam D. Christophori, fuisse olim*
« *communes inter. D. De Cinciis, et in earum*
« *divisione censeri constitutam servitutem, lumi-*
« *nibus non officiendi, ut per Bursat. etc., qui non*
« *probatur.... sed posito etiam quod esset consti-*
« *tuta servitus, ne luminibus officiatur, adhuc*

« *non obstaret praetensae elevationi, quia ni-*
« *hilominus videretur tanta pars cœli in quacum-*
« *que parte plani nobilis post elevationem septem*
« *palmorum, quanta de praesenti inspicitur, ut*
« *in demonstratione ad partes data, quod suf-*
« *ficit, ut non dicatur fieri contra impositam*
« *servitutem ne luminibus officiatur, ut bene*
« *explicat Cœpolla* — Bonfini Dec. Diversor.
« 67, n. 28, 29. — Ivi — *Alterum objectum*
« *tacitae servitutis a jure subintellectae per te-*
« *xtum in Lege Binas aedes etc. facile submo-*
« *vetur ; nam quidquid sit, an dispositio prae-*
« *fatae legis locum sibi vindicet etiam in Con-*
« *tractibus, et non solum in Servitutibus habenti-*
« *bus causam continuam et perpetuo permanen-*
« *tem, ut est illa oneris ferendi vel tigni*
« *immittendi, an verio etiam in aliis habentibus*
« *causam simpliciter continuam non perma-*
« *nentem, nempe altius non tollendi, et luminibus*
« *non officiendi, super qua Domini plurimi fa-*
« *cientes auctoritatem, ut par est, D. Sammi-*
« *miniati, qui hanc distinctionem ingeniose pro-*
« *bat in suo Consilio etc. nihil adfirmare vo-*
« *luerant, quamvis eamdem distinctionem cre-*
« *briori calculo admittant Bero etc. Placuit alia*
« *responsio, quod dicta lex Binas Ædes procedat*
« *solum, ubi lumina totaliter obscurentur; secus*
« *si non penitus lumen recludatur, sed tantum*
« *relinquatur quantum sufficit habitantibus in*
« *usus diurni, moderatione, et sunt verba ejus-*
« *dem legis etc. Hinc autem respectu apparta-*
« *menti superioris lumen nullo modo impeditur*
« *et respectu mansionis inferioris, cum relicta*

« *fuerit distantia trium brachiorum circiter a*
« *pariete, et ulterius adsit alia fœnestra; nullum*
« *dubium, quin fœnestra recipiat lumen suffi-*
« *ciens.* »

« Senzachè a fronte di tuttociò dovesse
« stare e fare specie la Decisione 6 del Tomo 4
« del Tesoro Ombrosiano, che veniva allegata
« come puntuale. Poichè, oltre il non apparire
« se la Causa, decisa in Seconda Istanza con
« quella Sentenza, avesse avuto progresso, e
« qual esito avesse in seguito sortito, quando
« e nel tempo stesso si vedeva, che contro una
« tal Sentenza stava il Sentimento dei giudici
« della precedente istanza, si vedeva poi dal
« N. 25 di detta Decisione, che alla occasione
« di quello edifizio alcune scale e le cantine
« del vicino restavano prive affatto di luce.
« — *Ivi* — *Respondetur quod prœterquam*
« *quod nonnullae scalae et cellae vinariae dicti*
« *Guascontis non possent aliunde habere lu-*
« *men, ut in visitatione loci vidimus.* »

« ED IN QUANTO POI AVESSE VOLUTO PORTARSI
« LA DETTA DECISIONE A FISSARE INDISTINTAMENTE
« LA INABILITA' DEL SUCCESSORE IN UNA DELLE DUE
« CASE STATE IN POTERE DI UNO STESSO PADRONE, DI
« ALZARE LA CASA PROPRIA IN PREGIUDIZIO DEI LUMI
« DELL' ALTRA PARTE PASSATA IN DOMINIO DEL CON-
« VICINO PER IL PRETESO OSTACOLO DELLA SERVITU'
« ALTIUS NON TOLLENDI, POCA IMPRESSIONE DOVEVA
« FARE, SUBITOCHÈ AVEVA CONTRO DI SÈ L' OPINIONE
« NON SOLO DEI PIU' CULTI INTERPETRI, DEI PIU' SEN-
« SATI PRATICI, E DEI PIU' RISPETTABILI TRIBUNALI,
« COME SOPRA ABBIAMO VISTO; MA QUELLO CHE È
« PIU' SIGNIFICANTE, IL PRESCRITTO AVEVA CONTRO
« DI SÈ DEL TESTO STESSO nella L. Binas aedes

« D. De Servit. urban. præd; CITATO IN APPOG-
« GIO DELLA SUA OPINIONE DALLA MEDESIMA DE-
« CISIONE, E CHE COME LEGGE, E LEGGE SPE-
« CIALE SULLA MATERIA DOVEVA PREFERIRSI AL
« SENTIMENTO DI QUALUNQUE GIURECONSULTO,
« come con giusto e sovrano tuono prescrive
« per massima doversi fare l'altro Testo es-
« presso nella L. 11, Cod. de Sentent. et in-
« terloc. omn. di cui Borquin. Cavalcan. nel suo
« Trattato de Usus. mulier. relicto nel N. 155
« in fine pag. mihi 783 e 784, e come prati-
« camente insegna il già Sig. Auditore Meoli
« nella Piscens. Commendae 13 Settembre 1741
« in princ. e nella soggetta materia molto bene
« a proposito l'Altograd. cons. 50, n. 26 e segg.
« Lib. 2 — Ivi — Nec obstat.

Appresso ne viene l'altra Decisione Rotale de' 27 Luglio 1792 nella *Florentina Prætensi Juris transeundi* a relazione dell'Auditore Tommaso Simonelli — Ivi num. 10. — « Le leggi
« tanto nel contratto di vendita, che in quello
« di divise, ed in ogni altro atto tra i vivi ri-
« chiedono, lo divisato effetto di potersi dire co-
« stituita una servitù *discontinua*, l'espressa con-
« venzione de' contraenti, come provano i Testi
« letterali nella *L. si quis ædes D. De Servit.*
« *urban. præd.* — Ivi — *Si quis aedes, quae*
« *suis aedibus servirent, cum emisset, traditas*
« *sibi accepit, confusa sublataque servitus est;*
« *et si rursus vendere vult, nominatim impo-*
« *nenda servitus est; alioquin libere veneunt.* »
E nella *L. Quidquid* 11, *D. Communia. præd.*
— Ivi — « *Quidquid venditor servitutis nomine*

« *sibi recipere vult, nominatim recipi oportet ;*
« *nam illa generalis receptio, quibus est servitus,*
« *ut ita sit, ad extraneos pertinet; nec ipsi ven-*
« *ditori proficit ad jura ei conservanda: nullam*
« *enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem*
« *debet;* e nella *Legge In Vendendo* 66. *D. De*
« *contrah. empt.* e nella *L.* 1. *D. De Servit.;* e;
« distinguendo le Servitù continue dalle discon-
« tinue, così in questo secondo caso stabilisce
« la Rota nostra fra le Raccolte nel Tesoro Om-
« brosiano *tom.* 4, *decis.* 6, *num.* 13. *et seq.*,
« ripetuta appresso il Mansio *Cons.* 761, *tom.* 8.;
« e rispondendo alla suddetta Decisione lo ferma
« il medesimo Mansio nella *Consultazione* 762,
« *num.* 11 *et seq.*, e latamente Lelio Altogrado
« *Cons.* 50, 51, *e* 52. »

Nè le altre Decisioni più moderne, che discendo ad esporre, hanno sanzionato principii diversi; ma tutte, quali più, quali meno, hanno ritenuto, che soltanto le servitù *continue ed apparenti* possano pretendersi per la Destinazione del Padre di famiglia, escludendo da questo modo tacito d'indurle le servitù *negative* e le *discontinue.*

Fra le più moderne una, che merita speciale considerazione, è la Decisione della Ruota d'Arezzo de' 17 Agosto 1824, nella quale senza ambagi si ferma, che la *Servitù altius non tollendi* non può mai costituirsi per Destinazione del Padre di famiglia. — Ivi — « Considerando,
« che, ammessa la prova, che la casetta dei
« Cipriani, e la contigua casa del Savelli aves-
« sero in origine formato un sol casamento,

« appartenente ad un solo padrone, e che suc-
« cessivamente fosse questo stato diviso, e ven-
« duto a più compratori, non ostante non po-
« teva utilmente allegarsi dal Savelli il disposto
« della nota Legge *Binas aedes* 9. *D. De* 200
« *Servit. Urban. prœd.*, onde impedire ai Cipriani
« la intrapresa elevazione della loro casa. »

« Poichè per comune sentimento dei Dot-
« tori e dei Tribunali interpetrando il disposto
« di questa Legge, è lecita al successore in
« una delle due case la elevazione della sua,
« ancorchè venga ad oscurare la luce della casa
« acquistata dal vicino, purchè tale elevazione
« non la oscuri onninamente in modo da rendere
« inabitabile ed inutile la casa medesima. *Al-*
« *tograd. cons.* 50, *num.* 26, *lib.* 5. *Costantin.*
« *ad Stat. Urb. Annot.* 23, *art.* 2, *n.* 212. *Pau-*
« *lut. Disc.* 22, *art.* 5, *num.* 88. *Bonfin. Decis.*
« *Diversor.* 67, *n.* 28, 29, *Piscens. Commendae*
« 15 *Settembre* 1741, *av. Meoli.* »

« CONSIDERANDO CHE LA SERVITU' NEGA-
« TIVA ALTIUS NON TOLLENDI HA BISOGNO DI
« ESSERE COMPROVATA DA UNA ESPRESSA STI-
« PULAZIONE, ONDE ESSERE ALLEGATA UTILMENTE,
« non potendo dirsi la medesima costituita nè
« dalla pazienza del vicino di vedersi aprire
« finestre sul proprio suolo, nè dalla inazione
« sebbene lunghissima del vicino medesimo,
« conforme fra i molti avvertono *De Luca De*
« *Servit. Disc.* 2, *num.* 20. *Disc.* 4, *num.* 5 *Rot.*
« *cor. Olivel. Dec.* 3, *n.* 16. *Senogaliens. fabri-*
« *cœ super reservatis* 9 *Maii* 1791, § 5, *cor.*
« *Strasoldo. Rot. Flor. nella Liburnens. Altius*

« *tollendi* 8 *Luglio* 1785 *av. Simonelli* § 14.
« E che perciò niun profitto trar poteva
« il Savelli dall' allegato Contratto del 12 Lu-
« glio 1783, poichè, sebbene fosse vero, che
« con tale istrumento fu concessa al Ciarpa-
« glini autore del detto Savelli la facoltà di
« fabbricare sulla porzione della casa acqui-
« stata, non fu però con tale Atto stipulato,
« che l' autore dei Cipriani non potesse fab-
« bricare sul proprio suolo, ed elevare la sua
« fabbrica a piacimento. »

Altra decisione è quella del Supremo Consiglio degli 11 Giugno 1828, nella quale risolvevasi una quistione d'innalzamento di una fabbrica, la quale avrebbe portato a rendere inabitabile e malsana altra piccola casetta, proveniente alla pari della prima da un solo e medesimo padrone. Il Supremo Consiglio decise — Ivi — « Dubbio
« non vi era, che siccome le case ora di pro-
« prietà l' una del Crestini, l' altra della Radicchi,
« erano un tempo appartenute ad un unico pro-
« prietario, da cui immediatamente o mediata-
« mente avevano causa i possessori attuali, non
« avessero perciò dovuto riguardarsi, come sot-
« toposte tacitamente alla tacita servitù nascente
« dalla destinazione del Padre di famiglia RELA-
« TIVAMENTE IN ISPECIE ALLE FINESTRE DELLA RA-
« DICCHI, CHE LUME RICEVEVANO ESCLUSIVAMENTE
« DALLA CORTE a norma della Legge *Binas qui*
« *aedes e Idemque D. De Servit. urban. prœd.* »

« Dubbio e questione muovevasi col massi-
« mo impegno dal Difensore del Crestini, se nei
« casi simili al nostro, di servitù cioè della indi-

« cata qualità ed origine, non sia lecito al vicino
« di edificare con danno e incomodo dell'altro,
« ove non apporti grandissima alterazione e con-
« trarietà all' uso del limitrofo proprietario, e so-
« stenendo egli il diritto del vicino edificante in
« questi termini, e finora questo limite non es-
« sere stato dal Crestini ecceduto, procurava il
« prefato suo difensore con tutto il calore di so-
« stenere. »

« Attesochè dalla ispezione degli atti appari-
« rivano tutti gli argomenti per opinare, che
« danno e danno grave e deterioramento sensibile
« sofferto avrebbe la piccola abitazione della Ra-
« dicchi, qualora il ricoprimento dal Crestini
« premeditato fosse stato condotto al suo ter-
« mine, imperocchè dalla relazione del Perito
« giudiciale, nominato nel giudizio di Prima Istan-
« za, risultava, che il suddetto cuoprimento a-
« vrebbe privato la stanza della Radicchi di più
« di un terzo della luce ordinaria, lo che di-
« mostra, che in molti giorni della stagione in-
« vernale, e costantemente in alcune ore del
« giorno avrebbe reso la detta stanza disadatta
« ai giornalieri travagli e bisogni della vita senza
« il soccorso di una luce artificiale in vista spe-
« cialmente della sua notabilissima lunghezza
« in proporzione della sua larghezza, al qual
« danno di per sè stesso gravissimo si aggiun-
« geva la idea di quello della totale privazione
« della vista del Cielo, la qual privazione basta
« per dirsi offeso e distrutto il diritto *Ne lu-*
« *minibus officiatur*, come avverte il Giurecon-
« sulto nella *L.* 16, *D. De Servit. prœd. ur-*

« *ban.* — Ivi — *Lumen, idest, ut Cœlum vide-*
« *retur.* »

« Attesochè ai suddetti ragionamenti si ag-
« giungeva il concorde parere di tre periti del-
« l'arte medica, per la loro riputazione e per
« i loro impieghi degni della massima conside-
« razione, i quali attestavano, che, cuoprendosi
« la Corte nel modo ideato dal Crestini, la stanza
« della Radicchi sarebbe divenuta un'abitazione
« malsana e sepolcrale per la mancanza della
« luce e dell'influsso dell'aria, onde la salute
« degli uomini si conserva unicamente. »

Laonde chi bene esamina questa Decisione si accorge di leggieri, che, lungi dallo impedirsi la superedificazione (quantunque nel caso speciale si trattava anzichè di superedificazione di cuoprire con tettoia appoggiata a pilastri una corte, da cui prendeva luce una parte della contigua casa Radicchi) per mancanza di diritto, si vietava pel riflesso della equità; di quella equità ammessa sul fine della ***L.* 9, *D. De Servit. urb. prœd.***, per la quale non poteva consentirsi, che la casa della Radicchi fosse divenuta ***malsana*** e ***sepolcrale.***

Dopo di che ne viene la Decisione della Ruota di Pisa nella ***Pontisœrœ Inhibitoriœ*** de' 30 Settembre 1835, nella quale è degno di considerazione il seguente motivo — ivi —

« Attesochè non aveva maggiore consi-
« stenza giuridica il secondo dei fondamenti
« serviti di base alla trasmessa inibitoria; poi-
« chè, fuori del caso di una negativa servitù
« legittimamente imposta, e quando non ricor-

« rono i termini della emulazione, è lecito al
« vicino in ordine ai Testi delle *Leggi Altius*
« *8, e Si ædibus 9. C. De Servit. et Aqua e*
« *Cum eo D. De Servit. urban. præd.* di elevare
« nel suo suolo una fabbrica anche *usque ad*
« *Sydera*, secondo la energica espressione dei
« prammatici, per quanto la elevazione della
« nuova fabbrica possa togliere il prospetto o
« diminuirne notabilmente la luce alla preesi-
« stente casa del vicino. »

« Attesochè, trattandosi di servitù discon-
« tinua e non apparente, ... la Destinazione
« del Padre di famiglia non importa titolo a
« differenza di ciò, che accade nelle servitù
« continue, cosicchè fuori del caso di una pre-
« cisa necessità e senza la provvidenza di un
« espresso riservo, il padrone di due fondi con-
« tigui, che devenga all'alienazione di uno di
« essi, non può pretendere di esercitarle sopra
« il fondo venduto. »

Altra Decisione è quella del Supremo Consiglio de' 10 Giugno 1836 in Causa Bani e Maffei — ivi —

« Non reggeva il primo *(sistema di di-*
« *fesa)*, tratto dalla Destinazione del Padre di
« famiglia, giacchè quanto questa può in ordine
« alla Legge spiegare la sua influenza nel caso,
« in cui due fondi alla persona stessa dapprima
« spettanti siano stati lasciati per legato, o ven-
« duti a due individui senza far parola di qual-
« che servitù continua, che l'un fondo pre-
« stasse a favore dell'altro, poichè allora si pre-
« sume, che il Padre di famiglia abbia inteso

« vendergli o legarli *prout erant* a ciasche-
« duno, quindi anche con l'onere o favore re-
« spettivo della servitù continua già esistente,
« secondo i noti Testi *in L. Binas qui aedes*
« *D. De Servit. urban. prœd. et L. si is qui*
« *duas aedes D. De Serv. leg.;* altrettanto è
« inapplicabile al caso, in cui si tratti di ser-
« vitù discontinua. *L. in vendendo D. De Con-*
« *trah. empt. L. Via costitut. D. De Servit. ur-*
« *ban. prœd. Rota nostra in Thes. Ombros.*
« *Tom.* 4, *Dec.* 6. *num.* 13. »

Fin qui abbiamo passato a rassegna la Giurisprudenza toscana antica e recente: è debito nostro aggiungere un analisi non meno importante della modernissima Giurisprudenza nostra, affinchè su questo speciale argomento nulla sia per ogni riguardo a desiderarsi.

Ed in primo luogo riferirò la Sentenza della Corte Regia dei 27 Agosto 1842, a relazione Coppi Causa Banchi e Mariani. (*Annali Tom.* 4, *P. II. col.* 817.) Ivi « Attesochè per al-
« tro sia comparso alla Corte meritevole di ac-
« coglienza l'altro fondamento della domanda del
« Sig. Banchi, quello cioè, che lo ingrandimento
« della luce della controversa finestra alterava
« lo stato delle servitù, rendendole più gravi
« ed incomode per il di lui fondo sottoposto.
« E qui era da avvertirsi, che tanto la casa
« con orto posseduta dal Sig. Banchi, quanto
« quella posseduta dal Sig. Mariani erano una
« volta appartenute ad un medesimo padrone, cioè
« alle signore sorelle Acciajoli, che con il pub-
« blico Istrumento dei 14 Maggio 1833, rogato

« Cecchi, le venderono, al Sig. Guglielmo Banchi
« e rispettivamente al Sig. Giuseppe Mariani. Que-
« sta non controvertibile circostanza di fatto fa-
« ceva luogo all'applicazione delle tanto note *LL.*
« *Binas qui œdes e Idemque D. De Servit. prœd.*
« *urb.* per le quali è stabilito, che quando due
« fondi sono appartenuti ad un medesimo proprie-
« tario, i diversi acquirenti non possono alterare
« quello stato respettivo di servitù apparenti, in
« cui l'uno dei fondi trovavasi dirimpetto all'al-
« tro precedentemente all'alienazione siccome, se-
« guitando la teorica comunemente insegnata dai
« Dottori, fermò recentemente anche questa *Corte*
« *Regia nella Decisione del dì 28 Aprile del cor-*
« *rente anno in causa Brandi e Brandi. Ora* ri-
« sulta dalla relazione dei periti giudiciali sigg.
« Veneziani, Silvestri e Francolini del 28 Maggio
« 1836, che la soglia della controversa finestra è
« stata dal Sig. Mariani comparativamente al suo
« antico stato sbassata braccia uno, soldi sette e
« danari otto, e dall'atto di verificazione notato
« dallo stesso Sig. Mariani con Scrittura del 3
« Giugno dell'anno corrente risulta altresì, che
« l'attuale parapetto della finestra predetta è del-
« l'altezza di Braccia, uno, e soldi sedici, dalla
« combinazione delle quali misure, viene a porsi
« in essere, che la soglia della controversa fine-
« stra nell'antico suo stato era elevata dal pavi-
« mento interno della stanza braccia tre, soldi tre,
« e denari otto, e che per conseguenza era una
« finestra preordinata unicamente a introdurre la
« luce nella stanza, e non ad offrire la comodità
« di affacciarvisi. Che se questa finestra per il

« tratto del suo ingrandimento rimanesse priva di
« ferrata, ognun vede che gli abitanti della casa
« Mariani avrebbero tutta la facilità e la como-
« dità di affacciarvisi, e in tal guisa quella fine-
« stra, che per l'antica Destinazione del Padre di
« famiglia era preordinata soltanto a dar lume, si
« presterebbe anche alla libera visuale, e per tal
« modo una semplice servitù *luminis* si conver-
« tirebbe in una servitù di prospetto in aggravio
« del sottoposto fondo, e in contravvenzione alle
« Leggi di sopra citate, le quali proibiscono di
« alterare lo stato delle reciproche servitù tra
« due fondi, che sono un giorno appartenuti ad
« un medesimo padrone. »

Altra Decisione è quella della Corte Regia di Firenze de' 24 Agosto 1840 in causa Ancillotti e Millanta a relazione Bartalini (*Annali* II, Par. 2, col. 706 e 761); nella quale viene confermato il principio, che la Destinazione del Padre di Famiglia non fa ostacolo allo innalzamento della casa, ancorchè per questo si vengano ad offuscare le luci della casa contigua. — Ivi — « Attesochè questa nuova edificazione
« tanto più non poteva esser contrastata dal con-
« vicino Sig. Millanta, poichè, ritenuta la pro-
« venienza di queste due prossime fabbriche
« da un solo ed unico proprietario, ricorrevano
« bene a proposito per eliminare qualunque
« ostacolo le disposizioni testuali contenute nella
« Legge *Binas Ædes D. De Servit. urban. præd.*,
« in ordine alle quali non è da rivocarsi in
« dubbio, che a chiunque dei due successori
« in queste fabbriche non può essere impedito

« di elevare la propria a contatto dell'altra,
« semprechè in tal guisa non vengano ad oscu-
« rarsi del tutto le luci della medesima, ed in
« modo da render questa inabitabile, lo che
« non verificavasi nel concreto del caso, come
« sarà dimostrato in appresso, per quanto av-
« vertivasi in tal proposito nella detta *Aretina*
« *altius tollendi § Infatti e segg.* »

Altra sentenza è quella dei 29 Settembre 1842, nella quale risolvevasi il seguente caso.

Il Conte della Gherardesca, divenuto proprietario di un piano terreno di una casa, stata suddivisa fra diversi eredi, e da questi ad altri rivenduta, voleva demolire uno stanzino esistente in un angolo della corte annessa al terreno da esso comprato, e far chiudere a chiave una porta, che dai piani superiori dava l'accesso a detta corte. La signora Maddalena Calastrini, figlia ed erede di Marco Calastrini, che aveva acquistato il primo ed ultimo piano di quella casa, trasmise inibitoria al Gherardesca, per la quale s'intimava ad astenersi dalla demolizione dello stanzino, e dalla chiusura della porta, la quale dava accesso alla corte, allegando la Destinazione del Padre di Famiglia.

La Corte Regia con Sentenza dei 29 Settembre 1842, a relazione Nervini (*Annali Tomo 4, Parte II, colonna* 879), così sentenziò « At-
« tesochè quando il silenzio dei contraenti nei
« contratti di vendita e di divisione doveva fare
« presumere, che la volontà delle parti fosse op-
« posta alla costituzione della pretesa servitù, inop-
« portuno ed inutile si rendeva allegare nel caso

« attuale la presunzione nascente dalla Destina-
« zione del Padre di Famiglia in ordine al Testo
« notissimo in *L. Binas qui aedes D. De Servit.*
« *Prœd. Urbanor.* la quale è APPLICABILE SOL-
« TANTO ALLE SERVITÙ CONTINUE ED APPA-
« RENTI, non già alle discontinue, per le quali
« un titolo presuntivo non può supplire alla man-
« canza di un titolo espresso. *L. in vendendo D.*
« *De Contrah. Emption. L. viam constitui. D. De*
« *servit. prœd, urb. Rota in Thes. Ombros. t.* 4,
« *dec.* 6, *n.* 13. *For. Tosc. t.* 39, *dec.* 63, *n.* 23. »

Gio. Batta. Brandi avea incominciato a rialzare le mura di uno stanzone, quando Ferdinando suo fratello mandò contro di esso una inibitoria, allegando che non rispettavansi le distanze prescritte fra i fondi privati ed urbani dalla *L. Mœniana C. De Ædif. privat. e della Costituzione Zenoniana in L.* 12, *Cod. cod.* per il motivo che veniva a togliere la ventilazione delle finestre esistenti nel muro tergale di esso inibente e quelle che avesse avuto bisogno di aprire.

La Corte Regia con Sentenza de' 28 Aprile 1842 a relazione Nervini allora Vice Presidente *Ann. T.* 4, *Parte II, colonna* 424, così risolvè la controversia « Attesochè un indipendente, e pre-
« ponderante fondamento alla risoluzione della
« controversia desumevasi dalla mancanza d'inte-
« resse e di azione in Ferdinando Brandi di op-
« porsi alla elevazione dello stanzone spettante in
« libera proprietà a Gio. Batta. suo fratello. È
« certo in fatto e verificato dalla Giudicial Peri-
« zia, che allorquando i condividenti assegnarono

« a Ferdinando Brandi la casa del Ponticello e a
« Gio. Battista Brandi lo stanzone, di cui fa parte
« il controverso stanzone e la corte contigua, il
« muro tergale della casa assegnata a Ferdinan-
« do, mai avesse aperte le finestre, se non quelle
« esistenti e descritte nella pianta topografica col
« punto marcato di lettera F. distanti dall'angolo
« del muro dello stanzone per B. 5 e un sesto
« e niuna finestra perciò vi esisteva, che corri-
« spondesse sulla corte di Gio. Battista nell'inter-
« stizio fra il suddetto muro postico e lo stanzo-
« ne, che si tratta di rialzare. Dal che ne conse-
« gue, che per un tacito contratto risultante dalla
« divisione ed assegna, il muro tergale della casa
« di Ferdinando restar doveva immutabilmente
« nello stato, in cui precedentemente si trovava;
« e ne rimaneva indotta a carico dello stabile as-
« segnato a Ferdinando la servitù continua ed ap-
« parente *non aperiendi fœnestras* in virtù di
« quella destinazione, che in mancanza di una
« espressa convenzione nasce non solo dal con-
« tratto di vendita, ma anche dal contratto di
« divisione, secondo le massime ampiamente
« sviluppate dall'antica Ruota Fiorentina nel *Tes.*
« *Ombros. Tom.* 4, *Dec.* 6, *Tom.* 38 *del Tes.*
« *del For. Tosc. e nella Florentina praetensi ju-*
« *ris transeundi* 27. *Jul.* 1792, *av. Simonelli*
« *n.* 10 *e segg.* »

La qual decisione fu portata in Cassazione; ed attaccata appunto per non avere opportunamente applicato la *Destinazione del Padre di famiglia:* nè sarebbe stato scevro di grave discettazione il ricorso, imperocchè a dir vero,

(senzachè con questo mio rilievo intenda di menomare neppure per ombra il rispetto, che per la sua profonda dottrina merita il ch. Relatore in quella causa, oggi presidente della Regia Corte) non è agevol cosa il persuadersi, che la servitù *non aperiendi fœnestras* possa essere **continua** ed **apparente:** ma la Corte Suprema, se confermò quel giudizio, non fu certamente pel capo della *Destinazione del Padre di famiglia*, ma bensì per altre ragioni, come si può rilevare dal decreto della medesima Corte, e come la Sentenza a favore nostro proferita dal Tribunale di Prima Istanza di Firenze ha notato.

Ma checchè sia di ciò, senza trattenermi su di una quistione, in cui scansò di entrare la medesima Suprema Corte, certa cosa è, che, una volta dalla Corte ritenuta la servitù *non aperiendi fœnestras*, come *continua ed apparente*, non resta meno intatto il principio, che alle servitù **continue** ed **apparenti** è applicabile la Destinazione del Padre di famiglia.

Che se la Decisione in causa *Brandi* e *Brandi* può sulle prima apparire alquanto favorevole alla parte avversaria, bene esaminata che ella sia, non lo è eziandio per altre ragioni, che si partono dalla quistione di fatto, e che la costituiscono inapplicabile al caso in quistione, perchè manca l' analogia del caso presente a quello, che venne risoluto nella detta causa *Brandi* e *Brandi*.

E queste differenze consistono in ciò, che in quella causa trattavasi di un muro, ove non appariva alcuna finestra, qual circostanza

di fatto avrebbe potuto produrre una certa tal qual prova amminicolativa, che fosse stata intenzione del Padre di famiglia di non aprire in quella parete luci, che in caso d'innalzamento dello stanzone sarebbero state o chiuse od oscurate; mentre nel caso nostro abbiamo una superedificazione di pianta, nella quale l'apertura di finestre è necessaria e indispensabile; tanto più che la dichiarazione di non potere l'uno dei due fratelli Brandi aprire finestre era diretta all'oggetto di favorire e permettere l'innalzamento della fabbrica; mentre nel caso nostro invocherebbesi la servitù *non aperiendi fœnestras* in una costruzione nuova, cui per conseguenza non potrebbe essere colpita dalla Destinazione del Padre di famiglia.

Nè deve tacersi la sentenza proferita non pure dal Tribunale di Prima Istanza di Firenze, quanto dalla Corte Regia in conferma di quella, nella causa Cerchi e Vannini.

Il Tribunale di Prima Istanza e la Corte Regia si trovarono unanimi nel consacrare in quella questione un principio del tutto opposto a quello che oggi vorrebbe il sig. Avversario sostenere, che cioè soltanto alle servitù *continue ed apparenti* è applicabile la destinazione del Padre di Famiglia, non mai alle *servitù negative.* Lo che è tanto vero, che nella Sentenza de'4 Settembre 1849 contenuta negli *Annali di Giurisprudenza (Tom.* 9, *p.* 2, *col.* 863.*)* si legge, « Considerando ch'è regola inconcussa di Giu- « risprudenza fondata sul testo in *L. Binas qui Æ-* « *desD. e Servit. urban. prœd.,* che il padrone di

« due case contigue, nell' atto di disporre di una
« di esse, S'INTENDE AVERE TACITAMENTE RI-
« SERVATO TUTTI QUEI SERVIGI AVENTI
« CAUSA CONTINUA ED APPARENTE, CHE
« PER LO INNANZI OTTENEVA L'UNA DAL-
« L'ALTRA PERL'USO DEL PADRE DI FAMI-
« GLIA. »

Oltrechè deve osservarsi, che insiememente ai principii di diritto, che militavano a favore del sig. De'Cerchi, primeggiava un gravissimo argomento, che rendeva molto pericolosa la posizione giuridica del sig. Vannini, cioè la EMULAZIONE, la quale fu dai Giudici ben ponderata e ritenuta per motivo di condannare il sig. Vannini « Conside-
« rando (così la citata Decisione), che niuna utilità
« risentiva il sig. Vannini dalla nuova opera...
« Laonde avuto riguardo al notabile danno che
« risentiva il sig. De' Cerchi e al niun vantaggio
« dello edificante, il lavoro, come APPARENTEMENTE EMULATORIO, avrebbe dovuto anche per questa ragione rimanere demolito.

E chi non contento delle riferite Decisioni toscane, fra le quali talune ponno dirsi classiche, bramasse Decisioni romane, non penerebbe fatica a sodisfare al suo desiderio. E fra le moltissime, ch' ei troverebbe, non ultima a meritare considerazione sarebbe la *Camerinensis Juris Ædificandi* de' 27 Giugno 1635, ch'è in ordine la 404 nella raccolta del Dunozzetto. Nella qual Decisione si contempla il seguente caso.

Un tal Francesco Calcari vendè una delle due sue case, unite per contiguità, ad un certo Leonardo Bernardini. Fra le altre convenzioni fu

pattuito, che il compratore non potesse alzare la casa comprata in pregiudizio di una finestra ferrata, che rimaneva sopra il tetto della casa venduta al Bernardini. Il cui figlio volle alzare la fabbrica, e poichè con questa venivasi a ledere il patto, fu ex-adverso inibita la nuova opera; lo che diè luogo ad una contestazione di causa, che cessò con la citata Decisione del 1635, nella quale fu dichiarato competere al Bernardini il diritto d'innalzare la sua casa, lasciando semplicemente l'uso del lume diurno alla finestra del contiguo vicino ed antico proprietario di ambedue le case.

« An Josepho filio et hæredi d. Leonardi « liceret altius tollere aulam d. domus emptæ, non « obstante pacto, et per DD. fuit affirmative re- « sponsum, nam Josephus habet intentionem fun- « datam de jure, secundum quod unicuique licet « suas ædes altius extollere, *vulg. l. altius, et ib* « *communiter DD. C. De Servit et aq. L. cum eo* « *D. De Servit. urban. prœd. Andr. Gail. pracit* « *observ. lib.* 1, *cap.* 69, *n.* 1, *Menoch. de praesumpt.* « *lib.* 3, *praesumpt.* 89, *n.* 3, *Socc. sen. cons.* 141. « *n.* 1, *vers. His tamen lib.* 1. *Aym. cons.* 94, *n.* 2. « *Honded. cons.* 80, *n.* 14 *et cons.* 81, *n.* 17 *vers.* « *sed prœdictis lib.* 1, *Magon. Decis. Lucens.* 29, « *n.* 7, *etiam si extollendo vicini aedes obscurentur,* « *d. l. cum eo, et ibi DD. D. De Servit urb. prœd.* « *L. Proculus D. De damn. infect. Gail d.* 2, *cap.* « 69, *n.* 10, *Dec. Cons.* 200, *in princ. Aym. d. cons.* « 94, *n.* 2, *in fin. Honded. d. cons.* 80, *n.* 16, *Ma-* « *gon. d. decis.* 29, *n.* 8. »

« Non obstat pactum de altius non tollendo

« in præjudicium fœnestræ cancellatæ in Instru-
« mento d. venditionis appositum, siquidem cum
« agatur de materia servitutis, quae uti odiosa
« strictam recipit interpretationem. *Dec. dict. cons.*
« 200, *n.* 2 *et* 3. *Bero cons.* 133, *n.* 18, *lib.* 3.
« *Surd. cons.* 41, *n.* 1. Prædictum pactum intel-
« ligitur de illo dumtaxat præjudicio in ordine ad
« usum, ad quem fœnestra destinata fuit *L. ergo*
« *ubi. Bald.* § *Neratio D. De servit. rustic. praed.*
« *Surd. cons.* 27, *n.* 8 *et d. cons.* 41, *n.* 1. Et planta
« autem d. domus, ex depositione testium et ex
« relatione architectorum tam de partibus, quam
« Urbis, quibus in hujusmodi materia standum est.
« *Specul. in* § *final. col.* 1, *tit. de probat. Alba cons.*
« 20, *n.* 15, *lib.* 1, constat fœnestram, de qua agi-
« tur, fuisse destinatam ad lumen recipiendum non
« autem ad prospectum; unde cum per elevatio-
« nem aulæ d. domus in ea parte in qua Jose-
« phus vult ædificare, d. fœnestra quoad lumen non
« officiatur, prout iidem testus et architecti per
« optimas rationes aperte concludunt, utique Jo-
« sepho licet altius ædificare non obstante d. pacto.
« *L. inter servitutes. D. De Serv. urban praed. Alb.*
« *d. cons.* 20, *n.* 20, *lib.* 1. *Honded d. cons.* 80,
« *n.* 14 *et seqq.* Hæc enim servitus censetur ser-
« vitus altius non tollendi in praejudicium lumi-
« num juxta *doct. Castr. in L. inter aedificia*
« *D. De servit.*, quæ longe differt a servitute
« prospectus, aut ne prospectui officiatur, ut no-
« tant *Doctor. in d. l. inter servitutes, et si-*
« *gnanter idem Castr. in ejus lectura Avenionen.*
« *D. De Servit. urban. praed. Caepoll. in tract. De*
« *Servit. urban. praedior cap.* 32, *usque ad* 36,

« *Coras. in ejus Commentar. tom.* 1, *tit. de Ser-*
« *vitutibus.*

« Nec obstat, quod fœnestra sit posita in loco
« eminente, ac propterea possit inservire etiam ad
« prospectum. Nam ad hunc effectum non solet
« attendi locus rei cui servitus debetur, sed usus,
« seu exercitium illius, ut in proposito advertit *Bero*
« *d. cons.* 133, *n.* 14, *lib.* 1, adeo ut servitus pro-
« missa ad certum usum ad necessitatem ejusdem
« usus restringi debeat, ut inquit *Bald. in d. l.*
« *ergo* § *Neratius D. De Servit. urb. prœd. Surd.*
« *in d. cons.* 27, *n.* 8. Cum ergo dicta fœnestra,
« usque de tempore venditionis domus, sit locata
« prope tectum et habeat cancellos *con li ferri*
« *dentro la spalletta et non a gabbia,* ut vulgo di-
« citur, aliasque habeat qualitates, quæ satis de-
« monstrant eam fuisse destinatam solum ad usum
« luminis juxta tradita per *Sebast. Medic. dec.*
« *March.* 49, *n.* 9 *in fin. et seq.* Ubique non potest
« hodie prætendi quo illa possit inservire etiam
« ad prospectum, et per consequens quod ei de-
« beatur etiam servitus prospectus. Nam quis uti
« non potest servitute nisi ad effectum, ad quem
« illa acquisita fuit *L. ex meo D. De Servit. rustic.*
« *prœd. Surd. d. cons.* 27, *n.* 8.

« Nec relevat, si dicatur d. fabricam esse
« præjudicialem saltem ex eo, quod tollat lumen
« proveniens a latere ejusdem fabricæ. Nam stante
« distantia decem palmorum inter d. fœnestram
« et fabricam faciendam, ut refert Judex de par-
« tibus de consensu electus, præjudicium re-
« spectu luminis non est considerabile, sed modi-
« cum, quod in hujusmodi servitutibus non solet

« attendi, ut in terminis servitutis luminum, aut
« ne luminibus officiatur tradit *Corn. cons.* 133,
« *n.* 19 *et seqq. lib.* 2. Sufficit enim, quod non
« prohibeatur, quin coelum videri possit ad hoc,
« ut luminibus non officiatur, ut inquit *Abb. d.*
« *cons.* 20 *in fin. lib.* 1. »

Altra Decisione è *l' Asculana Fœnestrarum de'* 6 *Marzo* 1690 *cor. Caprara*, nella quale si stabilisce, che ad ognuno è lecito aprire finestre nel proprio muro a malgrado che prospettassero sul fondo altrui, e si eccettua solamente il caso, nel quale fosse costituita la *servitù negativa non aperiendi fœnestras ;* ma che per costituire questa servitù è mestieri siavi un PATTO ESPRESSO E CHIARISSIMO, oppure la prescrizione. — V. n. 9 e 10. — « Minus visa est
« concurrere asserta servitus, quæ per Carolum
« prætenditur acquisita ex ista clausura fœne-
« strarum (*perocchè, a maggiore intelligenza di*
« *questo frammento di decisione, si contemplava*
« *il caso, che per una delle parti si venivano a*
« *riaprire finestre, le quali un tempo erano state*
« *chiuse o murate*), quia cum illa potuerit fieri
« citra animum inducendi hanc prætensam ser-
« vitutem, hoc sufficit, UT NON CONSTITO DE EX-
« PRESSA CONVENTIONE VEL PACTO IN CONTRARIUM,
vel alia legitima præscriptione, SERVITUS CONSTITUTA NON CENSEATUR, MINUSQUE SUBLATA LIBERTAS, QUAM QUISQUE HABET VEL NOVAS FOENESTRAS IN PROPRIO DOMO CONSTRUERE, VEL DIU CLAUSAS ETIAM SUI AD LIBITUM APERIRE *Marc. Anton. Sabell. alleg. cap.* 15, *n.* 9 *et* 10. *Gratian. discept.* 573, *n.* 57 *et seqq. Gaill. observ.* 69, *n.* 4,

lib. 2. *Gabr. cons.* 145, *n.* 3, *lib.* 1. *Modern. Episcop. Isclan. disput. Jur. cap.* 175, *n.* 9. *Cyriac. controv.* 28, *n.* 7 *et* 29. *Rot. Decis.* 101, *n.* 4, *par.* 4, *tom.* 2, *rec. et coram Ubag. dec.* 92, *n.* 6 *et* 7, *cor. Cardin. Cerro decis.* 838, *num.* 3. — Et quidem requiritur, quod CONVENTIO SIT CLARA ET EXPRESSA ET CONCLUDENTER PROBATA. *Ciarlin. contr.* 182, *n.* 12. *Andreol. contr.* 178, *n.* 2. *Marc. Anton. Sabell. dict. cap.* 15, *n.* 1. *Rot. decis.* 276, *n.* 1, 2 *e* 3, *par.* 11, *decis.* 31, *n.* 14, *p.* 17 *e Decis.* 272, *n.* 14 *et* 25, *par.* 19, *recen.* Et contineat causam perpetuam, dum alias simplex conventio de non aperiendo fœnestras, non expressa causa perpetua, nequaquam inducit servitutem realem quæ transeat cum ipsa domo, sed tantum obligationem personalem, quæ non transfertur in singularem successorem. *Hyppol. de Marsil. singul.* 333. *Aldovin. cons.* 10, *n.* 12. *Bursatt. cons.* 134, *n.* 13 *et* 27, *lib.* 2. *Carpan. ad stat. Mediol. cap.* 133, *num.* 12, *lib.* 2. *Cœpoll. De Servit. urban. prœd. cap.* 62, *n.* 8. *Mangil. de Evict. quœst.* 161, *n.* 13 *et seqq. Modern. Episcop. Isclan. dict. cap.* 175, *n.* 37.

Altra Decisione è la *Gerundens. Juris Fabricandi* de' 23 Febb. 1636 ch'è nella *Rot. Rom.* la 587. Par. 17, tom. Recent., nella quale si permetteva ai Padri della Compagnia di Gesù di fabbricare oppostamente al convento dei PP. Domenicani, perchè, sebbene questi asserissero godere della servitù *altius non tollendi* costituita a loro favore, siccome non riuscirono a provarla con la *massima chiarezza*, così fu rigettata la loro inibitoria. — Ivi n. 2. —

« Nec prætensa servitus pro parte Patrum Prædicatorum visa fuit sufficienter probari, quamvis enim quidam Vincentius Macellarius, ac Petrus Arditus usque de anno 1264 eam in quibusdam propriis ipsorum tenimentis promiserint, tamen cum per lapsum quator fere sæculorum ita immutata fuerit ibi rerum facies, ut impossibile propemodum sit reperire nunc certum ubi antiquissimorum confinium, non potest amplius ex eorum combinatione indubitanter desumi, an vere in illomet spatio, in quo controversum Jesuitarum ædificium fuit superimpositum, extarent jam supradicta tenimenta, que servituti obnoxia præsumuntur; cum tamen Patres Dominicani AD SUBVERTENDAM CLARAM JURIS DISPOSITIONEM PATRIBUS JESUITIS FAVORABILEM TENERENTUR HOC, TAMQUAM FUNDAMENTUM SUÆ INTENTIONIS, CONCLUDENTER PROBARE. *L. si in rem.* 6, *D. De rei vindic. Rim. cons.* 30, *n.* 6, *lib.* 1. *Roland. cons.* 67, *n.* 4, *vol.* 2. *Menoch. cons.* 21, *n.* 34. *Surd. cons.* 1, *n.* 102 *et cons.* 135, *n.* 51. *Rot. decis.* 295, *n.* 12, *p.* 1, *recen.*

Ma io diceva fino dal principio, che mi accingeva a porre le mani in questa lunga e difficile materia della Destinazione del Padre di famiglia, che non era pure per il parere concorde dei Giureconsulti; non per le massime uniformi della Giurisprudenza toscana così antica, come recente e modernissima, che la Destinazione del Padre di famiglia non si estendeva alle Servitù *negative* in genere, ed alla Servitù *altius non tollendi* in ispecie; ma che

la Giurisprudenza straniera, e specialmente di quei paesi, nei quali i Codici hanno espressamente ammessa la Destinazione del Padre di famiglia, aveva ritenuto ed abbracciato uguali principii. E della francese, comecchè per noi la più autorevole ed affine, mi limiterò a riportare i varii giudicati, facendoli precedere da alcune brevissime considerazioni per supplire alla forse soverchia concisione di quella Giurisprudenza.

La prima Decisione è della Corte di Cassazione de' 23 Aprile 1817, *in Causa Fontaine e Devillére.* Si trattava di due case al dirimpetto delle quali aveva luogo la Destinazione del Padre di Famiglia, comecchè anticamente fossero di un solo proprietario, e da questo fossero state le cose poste in quello stato in cui si trovavano al momento della contestazione della lite. Una di queste case, che nella questione appariva *fondo dominante* presentava una *finestra aperta,* che procurava un prospetto, comecchè l'altra fosse più bassa, il cui proprietario prese a rialzarla, e perciò veniva a perdersi il prospetto, di cui la prima godeva; ondechè, secondo il solito, fu spiccata inibitoria; di lì una questione pel capo della Destinazione del Padre di famiglia, e la Corte Suprema di Cassazione dichiarò, che, per quanto la finestra aperta, e il godimento di prospetto fossero servitù appartenenti a uno dei due fondi, *pure quando non concorreva il* PATTO ESPRESSO IMPORTANTE SERVITU' ALTIUS NON TOLLENDI, *non poteva interdirsi per la Destinazione del Padre di Famiglia al proprietario del*

fondo serviente la facoltà di fabbricare sul proprio suolo. — Ivi — « Attendu que ce *droit de* « *vue,* ou fénêtre ouverte, resultant de la de- « stination du pére de famille SANS PROHIBI- « TION EXPRESSE *altius non tollendi, N'INTER-* « *DIT PAS AUX PROPRIETAIRE DE L'HE-* « *RITAGE ASSERVI A' CE DROIT DE VUE* « *LA FACULTÉ DE DROIT COMMUN DE* « *BATIR SUR SON TERRAINE,* en se con- « formant aux uses et coutumes; que cela re- « sulte évidemment des *art.* 689, 690, 691 « *et* 692 *cod. civ.* »

Altra Decisione è quella della Corte di Pau de' 12 Dicembre 1835 in causa Pansier e Barbeirassy, nella quale si contemplava l'identico caso risoluto nella già citata Decisione della Corte di Cassazione; e fu esso pur risoluto con le medesime norme, statuendo: *Che per quanto una servitù possa essere apparente in una delle due case, a favore delle quali s' invoca la Destinazione del Padre di Famiglia, tuttavia nulla è meno apparente della proibizione di fabbricare, la quale SE NON É COSTITUITA MEDIANTE UN PATTO ESPRESSO, non può essere imposta dalla Destinazione del Padre di Famiglia.* — Ivi — « Attendu que sans « examiner le mérite de toutes les classifica- « tions ou dénominations, que les docteurs ont « admis en matiére des servitudes, il est cer- « tain, que le côde civil n'a fait, que trois ca- « tegories des servitudes, qu'on pouvait exer- « cer par des fénêtres ouvertes sur le fond de « son voisin. — Que la premiére categorie

« comprend les jours dont parlent les art. 676
« et 677, qui se pratiquent á l'aide de fénêtres
« á fer de maillé, et verre dormant, et qu'on
« appelle généralement jours de coutume ; —
« que la seconde categorie comprend le vues
« droites et obliques, dont parlent les art. 678
« e 679, qui se pratiquent á l'aide de fénêtres
« d'aspect, balcons ou autres semblables sail-
« lies ; — Que dans la troisième categorie se
« trouve le droit d'étendre au loin ses régards
« sans qu'ils puissent être bornés par aucune
« plantation ou construction, droit, que quel-
« ques uns ont appellé *droit de prospecte* et
« que d'autres se sont contentés de designer
« par ses effets, et qui consiste *á pouvoir em-*
« *pecher que le propriétaire du fonds asservi*
« *ne bâtisse á une certaine hauteur ;* droit dont
« parle l'art. 689 ; — Attendu que, si aux
« termes de ce dernier art. une fénêtre *d'aspect*
« constitue une servitude apparente, IL N'EN
« EST PAS DE MÊME DE LA PROHIBITION
« DE BATIR, qui resulte du droit de *pro-*
« *spect ;* — Que cette distinction clairement
« établie par la loi est parfaitement conforme
« à la raison ; puisque RIEN N'EST MOINS
« APPARENT, QU'UN DROIT DE PROSPECT,
« OU D'UNE PROHIBITION DE BATIR, *qui ne*
« *saurait s'introduire de la seule distance d'une*
« *fénêtre, qui n'a de limites possibles que dans*
« *une convention speciale ;* — Attendu qu'aux
« termes de l'art. 692, LES SERVITUDES AP-
« PARENTES ET CONTINUES SONT LES SEU-
« LES, QUI PUISSENT ÊTRE ÉTABLIES PAR

« DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE; —
« Que par conséquent la demoiselle Pansier *ne*
« *peut se prévaloir de cette destination,* SOIT
« *POUR EMPECHER LE SIEUR BARBEIRASSY*
« *DE BÂTIR SUR SON FONDS, SOIT DE L'EM-*
« *PECHER D'EXHAUSSER LE MUR MITOYEN.* »

La Decisione della Corte di Caen de' 13 Maggio 1837 *in causa Dillaye e Lecampim* è anche più chiara, s'è possibile, di tutte le altre. Il caso contemplato è la stessa depressione di una fabbrica da un lato; lo stesso godimento di veduta dall'altro: innalzamento della prima; perdita della veduta nella seconda: — quindi inibitoria per parte di questa, e, per la circostanza che le fabbriche procedevano da un medesimo proprietario, invocazione per mantenerle *in statu quo* della servitù tacita *altius non tollendi* derivante dalla Destinazione del Padre di Famiglia. — La indicata Decisione della Corte di Caen, dopo avere sulla scorta del Codice distinto le servitù in *Continue ed Apparenti*, scende a stabilire il principio, che non si può in quella Categoria comprendere la servitù *altius non tollendi,* a malgrado della circostanza, che esso muro sia stato perpetuamente nello stato di depressione, in cui oggi si trova; perchè, potendo essere stato mantenuto in quella forma in forza di un semplice atto di astenzione, eminentemente negativo, LA DEPRESSIONE DEL MURO STESSO NON PRESENTA IN SÈ MEDESIMA VERUN SEGNO APPARENTE, IL QUALE ANNUNZI, CHE, IN LUOGO DI UN ATTO MERAMENTE VOLONTARIO DI A-

STENZIONE, SIA INVECE LA CONSEGUENZA FORZATA DI UNA SERVITU' APPARTENENTE AL CONTIGUO FONDO. — Ivi — « Considé-
« rant qu'il est réconnu par les parties, que
« les propriétés, entre les quelles existent les
« murs, dont il s'agit, procedent d'un auteur
« commun.

« Considérant, que tout propriétaire d'un
« mur mitoyen a le droit de l'exhausser, et
« qu'il ne peut en être privé que par une
« convention derogatoire expresse ou tacite.

« Considérant, qu'il ne pouvait invoquer
« la destination du père de famille, car elle
« n'a lieu que pour les servitudes CONTINUES
« et APPARENTES; *et l'on ne peut regarder*
« *comme appartenant a cette classe* *CELLE DE*
« *NE POUVOIR PAS ÉLEVER UN MUR;*
« ***PARCEQUE L'ETAT DE NON ELEVATION,***
« ***DANS LE QUEL CE MUR A PU RESTER PEN-***
« ***DANT UN TEMP PLUS OU MOINS LONG, EST***
« ***UN SIMPLE ACT D'ABSTENTION, QUI NE***
« ***PORTE EN LUI MEME AUCUN SIGNE APPA-***
« ***RENT ANNONÇANT QU'IL SOIT LA CONSE-***
« ***QUENCE FORCEÈ D'UNE SERVITUDE*** ***appar-***
« ***tenante à un autre.*** »

Nè dissimili sono i principii seguitati dalla Decisione della Corte di Bastia de'23 Aprile 1838 in causa *Sichè e Peraldi.* Quivi pure, come in tutti gli altri casi esaminati fino ad ora, si trattava di due case, procedenti da un medesimo proprietario, e dell'innalzamento di una di esse, che Peraldi imprese a fare. Contestatosi il giudizio in sequela di una Inibitoria, Sichè chiese,

che fosse impedito a Peraldi di innalzar la propria casa, comecchè la Destinazione del Padre di Famiglia vi si opponesse. E la Corte decise, non essere attendibili le domande di Sichè, perchè, se il Codice ha statuito che la Destinazione del Padre di Famiglia tenga luogo di titolo in rapporto alle servitù *continue ed apparenti*, NON POTREBBE MAI RICONOSCERSI PER APPARENTE LA SERVITÙ ALTIUS NON TOLLENDI, E QUINDI QUESTA NON PUÒ MAI RICONOSCERSI TACITAMENTE INDOTTA DAL PADRE DI FAMIGLIA. *Dopo di che, rimettendo la quistione nei principii del diritto comune, niun dubbio vi era, che Peraldi fosse nella piena libertà di fabbricare a suo piacimento e d' innalzare la propria casa.* — Ivi — « Attendu « que la servitude *altius non tollendi* ne peut « s' induire de la destination du père de famille, « LA QUELLE NE VAUT TITRE QU' À L'ÉGARD « DES SERVITUDES CONTINUES ET APPAREN- « TES, que la question rentrant dans les prin- « cipes du droit il est evident que PERALDI « PEUT USER DE LA FACULTÉ ACCORDÉE A TOUT « PROPRIÉTAIRE DE BÀTIR SUR SON TERRAIN ET « D' ÉLÉVER SA MAISON. »

Nella qual Causa non fu dissimile da quello della Corte di Bastia il supremo giudizio, che proferì la Corte di Cassazione, innanzi a cui fu denunziata la riferita Sentenza de'23 Aprile 1838. Imperocchè ben lungi dall'essere essa cassata, riceverono i principii e le massime da quella ritenuti novella sanzione, e fu invece rigettato il ricorso interposto dal soccombente. La Corte

di Cassazione di Parigi col Decreto dei 15 febbraio 1843 stabilì perentoriamente il principio, che la servitù *altius non tollendi* NON PRESENTANDO IL DOPPIO CARATTERE DELLA CONTINUITÀ E DELL' APPARENZA, NON PUÒ ESSERE STABILITA IN FORZA DELLA SOLA DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA; e che, avendo la Corte Regia di Bastia pronunziato la medesima massima, e dichiarato, che la quistione fra Siché e Peraldi rientrava nei principii del diritto comune, aveva benissimo interpetrato e spiegato gli articoli del Codice Civile. — Ivi — « Attendu que la liberté des héri-« tages est de droit commun; que les servitu-« des ne sont qu'une exception, et que comme « telles doivent être prouvées; »

« Attendu que la servitude *altius non tol-« tendi* reclamée par Siché sur la propriété « Peraldi n'étant pas continue tout à la fois et « apparente, n'avait pu être établie par la seule « destination du père de famille; »

« Attendu que d'ailleurs il ne résulte pas « de l'arrêt attaqué, que cette espéce de ser-« vitude eût été constitué par titre ou conven-« tion quelconque; que la Cour Royale de Ba-« stia, qui s'est fondée sur les principes du « droit commun pour décider, que Peraldi pour-« rait user de la facultè accordée à tout pro-« priétaire de bâtir sur son terrain et d'elever « sa maison, en se conformant aux articles 678 « et 680 du Côde Civil, n'a violé aucune loi. »

Infine la Decisione della Corte Regia d'Orleans dei 23 Dicembre 1840 in causa Desfrancs

e Berruyer, (contenuta nel *Journal du Palais* 1841 *Tom.* 2, *pag.* 312) non si è allontanata dai principii fin qui esposti e narrati; perocchè anche in questa viene sanzionato il principio, che la servitù *altius non tollendi* non può essere reclamata per la Destinazione del Padre di famiglia, e molto meno può vietarsi di fabbricare sotto il pretesto, che con questa fabbricazione viene a togliersi o diminuirsi il prospetto, di cui per lo addietro avesse goduto il proprietario della casa. LA SERVITÙ NEGATIVA CHIAMATA NEL DIRITTO ROMANO JUS NE LUMINIBUS OFFICIATUR, JUS ALTIUS NON TOLLENDI, È SEMPRE STATA ANNOVERATA NELLA CLASSE DELLE SERVITÙ DISCONTINUE E NON APPARENTI, CHE NON POSSONO ACQUISTARSI E TRASMETTERSI SE NON MEDIANTE UN TITOLO COSTITUTIVO. — Ivi — « Attendu que le droit « de conserver la fénêtre pratiquée au cochant « du Bâtiment de Berruyer et ouvrant sur le « chemin contigu de l'intimé, n'est point con- « testé par celuici ni dénié par le jugement « dont est appel;

« Que le litige est resté a ce point de sa- « voir, quelle doit ètre la portée de ce droit de « vue directe; S'IL DOIT S'ÈTENDRE SUR TOUTE « LA LONGEUR DU TERRAIN vague appartenant « à Colas Desfrancs de manière à l'empècher « de faire aucune construction, qui puisse bor- « ner cette vue;

« Attendu que, s'il est reconnu en fait que « la bâtiment et le terrain, dont il s'agit, ont « fait autrefois partie d'un même fonds, appar-

« tenant au même propriétaire, il est ègalement
« constant, que l'acte authentique de partage
« du 11 Ianv. 1830, qui les a séparés et fait
« passer en des mains diffèrentes, ne s'explique
« en aucune manière à l'egard du droit de vue
« résultant de la dite fénètre, alors pourtant
« qu'il renferme une disposition expresse rela-
« tive à la servitude d'une perte d'eau, dont
« l'orifice se trouve placé sur le terrain de Co-
« las Desfrancs, et prècisement au bas de cette
« fénêtre;

« Qu'on ne peut donc induire du silence
« de cet acte d'autre intention, que de laisser
« subsister la fènetre avec le droit, que la loi
« attache à ce signe apparent et continu, mais
« non d'étendre cette vue, ainsi que Berruyer
« le prétend, non seulement sur toute la lon-
« geur du terrain de Desfrancs, mais encore
« sur toute l'avenue, qui y joint et dont le
« fonds n'appartenait pas à l'auteur commun
« lors du partage de 1830;

« Qu'en effet il faut distinguer entre le
« simple droit de vue, *ius luminis*, lequel se
« révèle par des signes extérieurs et permanents,
« et le prétendu droit de prospect, *jus pro-*
« *spiciendi*, qui ne s'annonce par aucuns ca-
« ractères distincts et particuliers, et qui n'est
« autre, en definitive, que le droit de s'oppo-
« ser á ce que le propriètaire du fonds contigu
« puisse édifier sur son hèritage;

« Que CETTE SERVITUDE NÈGATIVE, ap-
« pelée dans le droit romain *jus ne luminibus*
« (le droit de jour) *officiatur*, *jus altius non*

« *tollendi, A TOUJOURS ÉTÉ RANGÉE DANS*
« *LA CLASSE DES SERVITUDES DISCON-*
« *TINUES ET NON APPARENTES, QUI NE*
« *PEUVENT S'ACQUERIR ET SE TRAN-*
« *SMETTERE QUE PAR TITRES:*

« Que tel est le voeu formel de l'art. 691
« du C. Civ., confirmé par l'art. 692 *qui restreint*
« *les effets de la destination du père de famille*
« AUX SERVITUDES CONTINUES, ET APPARENTES:

« Que la disposition de l'art. 694, loin de
« deroger aux principes posés dans l'art. 692,
« n'en est que le dèveloppement et la sanction;
« Qu'elle suppose nécessairement pour son ap-
« plication la condition de *caractère de conti-*
« *tinue joint au signe apparent de l'existence*
« *de la servitude.* »

Sulla quale ultima Decisione il Compilatore della Raccolta, fa alcune brevi osservazioni, che non è inopportuno il riferire « Ces principes
« ainsi établis, la solution de la seconde et de
« la troisième question ne souffre aucune dif-
« ficulté: soit que la servitude d'aspect, qui en-
« traine avec elle celle dite *altius non tollendi,*
« soit continue, comme l'enseignent tous les
« auteurs, notamment *Lalaure p.* 10 *et* 106,
« *Pardessus num.* 28, *Maleville sur l'art.* 688;
« soit qu'elle soit discontinue, comme le porte,
« PEUT ÊTRE AVEC PLUS DE RAISON, l'arrêt que
« nous rapportons; attendu que, si une fènêtre
« procure constamment *de jour* à l'appartement
« qu'elle éclaire, independamment du fait de
« l'homme, IL N'EN PEUT ÊTRE DE MÊME DU
« DROIT D'ASPECT OU DE VUE, *puisqu'il ne peut*

« *être mis en exercice que par le fait de l' hom-*
« *me; IL EST CERTAIN QU' ELLE NE S' AN-*
« *NONCE PAR AUCUN SIGNE EXTERIEUR*
« *car rien n' indique que l'état, dans lequel se trouve*
« *le fonds asservi, soit le resultat plutôt d' une*
« *servitude que de la volonté du propriétaire;*
« *et qu' ainsi c' est avec raison que l' art.* 689
« *l' a rangée AU NOMBRE DES SERVITUDES NON*
« *APPARENTES; D' OÙ IL SUIT QU' ELLE NE*
« *PEUT JAMAIS S' ACQUERIR NI EN VERTU DE*
« *L' ART.* 692, *NI EN VERTU DE L' ART.* 694.
« En le décidant ainsi, la Cour d'Orléans n' a
« fait que consacrer une jurisprudence déjà éta-
« blie par un arrèt de la Cour royale de Caen
« du 13 Mai 1837. »

III. *La Servitù* Altius non tollendi *non può pretendersi per la materiale posizione ed ubicazione dei fondi interessati nella disputa.*

E qui sarò brevissimo. —

Gioverà richiamare alla memoria tre circostanze di fatto:

1. Che la nuova opera fatta dal sig. Trebbi è contigua alla casa del sig. Caruana, cui aderisce per via di appoggio.

2. Che la disputa non sorse già per essere stata alterata o menomata dalla nuova opera medesima veruna Servitù, che appartenesse alla contigua casa.

3. Che il subietto vero e reale della disputa consiste in questo: che per l' apertura delle due finestre si verrebbe ad assoggettare

l'orto sottostante ad una Servitù di prospetto che prima non avea.

La Destinazione del *Padre di famiglia* è una *presunzione:* ogni presunzione è soggetta ad essere distrutta da circostanze di fatto e da altre presunzioni. — Nella specialità del caso, ove si fonderebbe la destinazione del Padre di famiglia? — Sulla circostanza della depressione del corpo di fabbrica, su cui il sig. Trebbi ha superedificato; depressione che si dovrebbe presumere essere stata mantenuta per non sottoporre l'orto del sig. Caruana od anticamente della Commenda Corbolina ad una Servitù di prospetto.

Ma tal presunzione ha contro di sè la verosimiglianza: imperocchè è inverosimile, che taluno voglia tenere una fabbrica depressa per esentare un orto da un prospetto, quando con questa depressione non si raggiungerebbe lo scopo, perchè un prospetto può esercitarsi così da un edifizio di un sol piano, come di più piani. Ora se il corpo di fabbrica, su cui il sig. Trebbi ha superedificato fosse stato un luogo destinato all'abitazione, e fosse stato un quartiere di un solo piano, niun dubbio, che per esso avrebbesi avuto un prospetto sull'orto adiacente. Che se non ve lo esercitava, ciò deve attribuirsi non alla depressione della fabbrica, ma alla diversa destinazione di lei.

Si notò fino dal principio, che questo stanzone era dapprima *Oratorio*; poi *Stalla*, e *Rimessa*; finalmente *Opificio di carrozze.* Finchè era *Oratorio,* finchè era *Stalla,* finchè era

Opificio, s'intende bene, che esso non si poteva prestare ad uso di abitazione: ma non è presumibile, ed il presumerlo sarebbe ridicolezza, che questo stanzone fosse stato a quei diversi usi destinato in riguardo dell'orto. E come di *Oratorio* potè divenire *Rimessa*, e come di *Rimessa* potè divenire *Opificio*, oggi nulla fa ostacolo, che possa divenire *Abitazione*; anzi oggi possa essere ad un tempo *Opificio* ed *Abitazione*, poichè non è stata cambiata la Destinazione dell'antico corpo di fabbrica; ma solo all'antico, che si è conservato *Opificio di carrozze*, se n'è aggiunto un altro, che si è fatto *Abitazione*. E sarebbe strano, che si volesse spingere la Destinazione del Padre di famiglia a non poter fare del suo quel migliore uso, che più ci piace: strano *in astratto*, perchè la Destinazione conserva solo le Servitù *continue* ed *apparenti* esistenti fra due edifizii: ora siccome nel caso presente non si è alterata veruna Servitù, così la destinazione rimane improponibile, ed anche proposta sarebbe infeconda di effetti. Strano in *concreto*, perchè, seppure la Toscana fosse divenuta una Beozia a segno di potersi impedire colla Destinazione del Padre di famiglia di fare del proprio edifizio un tale o tal altro uso, mal pacificamente potrebbe invocarsi dallo Avversario, che ha lasciato eseguire più volte nello stabile in quistione il cambiamento dell'antica Destinazione.

Ma queste sono ciance: vengo al subietto speciale, quello cioè di dimostrare, che la Servitù *Altius non tollendi* non può essere pretesa nella specialità del caso attesa la materiale ubi-

cazione dei fondi. — Infatti la Servitù *Altius non tollendi* non ha efficacia, se non in quanto è correlativa alle due Servitù *Ne luminibus et ne prospectui officiatur*: in quantó cioè vi fosse un edifizio, a cui favore fosse costituita l'attiva servitù *Luminum et Prospectus*, e vi fosse un altro edifizio gravato delle indicate Servitù passive *Ne luminibus et ne prospectui officiatur*. Ciò stabilito, per potere dar luogo a tal servitù, converrebbe, che lo Stabile del Sig. Caruana avesse a suo favore le due citate *servitù attive*, e lo Stabile del Sig. Trebbi fosse affetto a prò del Sig. Caruana dalle corrispondenti *servitù passive*. Ma ciò non esiste menomamente; perchè nella parte antica corrisponde da uno stabile del Sig. Trebbi; e nelle parti laterali (che pur non son destinate ad apertura di finestre, ma a sostenere i travi (1)) appoggia da una con un edifizio del medesimo sig. Trebbi, e dall'altra con lo edifizio del Sig. Caruana, nel quale non esiste veruna finestra od altra apertura, od altro segno, che possa fare argomentare della esistenza delle citate servitù. E quand'anche queste vi fossero non potrebbe giammai dal Sig. Caruana, dietro ciò ch'è stato veduto, impedirsi lo innalzamento della fabbrica, ma soltanto esigere che fosse lasciata tra questa e le luci minacciate di otturazione, tanta intercapedine quanta bastasse *ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderationem.*

(1) De Luca Disc. 5. n 9. Rota Fiorentina Decis. de' 25 Settembre 1731 avanti Novelli.

Ma poichè di servitù attive *luminum et prospectus* non si ha l'esistenza a favore del Sig. Caruana; nè di servitù passive *ne luminibus et ne prospectui officiatur* a carico del Sig. Trebbi; — poichè anche in questo subietto non potrebbe giammai lo innalzamento della fabbrica assolutamente divietarsi; — poichè in conseguenza la Servitù *altius non tollendi* rimarrebbe isolata, non correlativa ad altra Servitù, e quindi riuscirebbe di verun significato giuridico; - dopo tutto questo, diceva, rimane con ammirabile chiarezza dimostrato, che non si può giammai pretendere la prefata servitù *Altius non tollendi.*

Ma l'orto adiacente rimarrà assoggettato ad una servitù di prospetto, cui prima della superedificazione non era; esclamerà qui l'Avversario.

In replica al quale obietto due osservazioni basteranno.

1. Che questa sottoposizione dell'orto al Prospetto non è altro, che l'effetto del legittimo esercizio del diritto, che compete ad ogni cittadino di fare sul suo e del suo ciò che più gli piace, quando d'altronde da questo esercizio ei viene a ritrarre la propria utilità: — sottoposizione che, alla pari di qualunque aggravio, non è considerata come bastevole dalla giurisprudenza ad impedire al cittadino l'esercizio della sua natural libertà, sì perchè nella civil convivenza conviene sopportare quello incomodo, che il contatto con altri uomini può arrecare, sì perchè quando trattasi di un danno derivante dallo esercizio di un diritto, che non è esclusivo di

alcuni cittadini, ma comune a tutti, domani si restituisce con uguale esercizio ad altrui quel danno od incomodo, che oggi ei ci ha arrecato. « *Quia licitum est facere in suo, quod sibi placet, etsi noceat vicino* » — Così il Castrense — « *Vicini vero praejudicium, quod luminibus, vel* « *aspectui, sive introspectui, ac alias exinde re-* « *sultet, negligitur; facientis enim in suo utilitas* « *principaliter attendenda est, praejudiciali con-* « *sequentia non curata.* » - Così il De Luca -

2. Che malamente si parla di *servitù di prospetto*, perchè veruno è padrone di costituire servitù sul fondo o sulla casa altrui. Nè il prospetto, ch'è la conseguenza delle aperte finestre, può essere considerato dal Sig. Avversario come una servitù, quando non gli è impedito di sottrarsene, ogni qualvolta gli piaccia. Sarebbe servitù, se per l'apertura di queste finestre e per la conseguenza di questo prospetto non potesse il Sig. Caruana nulla operare, che lo menomasse. Ma il prospetto, che oggi esercita lo stabile del Sig. Trebbi sull'orto adiacente, non è che l'effetto dello esercizio legittimo di un diritto, effetto che può essere dal Sig. Avversario menomato, paralizzato, diminuito, se a lui piaccia esercitare un uguale diritto; come ottimamente avverte il Donello (*Commentar. Jur. Civil. Lib. XI. Cap. V*; § 7 e 10.) « Ego autem « dubitandum non puto, quin jus sit unicuique, « pariete suo aperto, fœnestras in eum immit- « tere, etiam invito vicino. LICET QUIDEM VICINO « JURE SUO EX ADVERSO TOLLERE ÆDES SUAS, « PARIETEM AUT TABULATUM, ET QUIDVIS ERIGERE

« IN SUO, QUO LUMEN ET PROSPECTUM IIS FOENE-
« STRIS PRAECLUDAT; SED NON LICET EI CUM
« EO, QUI FOENESTRAS IN SUO APERUIT,
« ITA AGERE, JUS EI NON ESSE, ITA FOENE-
« STRAS HABERE, PETERE UT FOENESTRAS
« SUAS OCCLUDAT. Nec longe hujus sententiæ
« probatio petenda est. In promptu est ex sen-
« tentia superiore, qua placet posse unumquem-
« que quidvis in suo facere, dum in alienum
« nihil immittat. Qui in pariete suo fœnestras
« aperuit, is in suo opus facit, nec propterea
« quidquam immittit in alienum. Iure igitur suo
« id facit, nec quominus prohiberi potest ex
« superiore sententia. NIHIL AD REM PERTI-
« NET, QUOD FOENESTRAS ET PROSPECTATIO
« IN ALIENUM VICINO SUNT MOLESTÆ. Non
« enim hic spectamus, quod vicino molestum
« sit vel incommodum, aut non sit; sed hoc
« solum, an aliquid in alienum immittatur. Si
« nihil immittitur (1), licet in suo quidvis facere
« etiam cum incommodo vicinorum; ut puta,
« licet in suo ædificare quam altissime, etiamsi
« in totum obscurentur vicini ædes. «

« Summa igitur hæc erit de jure habendi
« luminis in nostris ædibus. LICET, NOBIS ET
« SINE ULLA SERVITUTE NOBIS A VICINO CON-
« CESSA FOENESTRAM ET LUMINA IN NOSTRO PA-
« RIETE APERTA HABERE. SED NON LICET ITA
« HABERE, QUIN EX ADVERSO JUS SIT VI-

(1) V. In principio di questa Consultazione al § 1, ove si è mostrato chiaramente, che nulla s'immette nel fondo del vicino con l'apertura delle finestre.

« CINO, QUI ASPECTUM IN SUAS ÆDES ME-
« TUAT, OBSTRUERE LUMINIBUS NOSTRIS
« QUOVIS ÆDIFICIO AUT OPERE JUXTA PA-
« RIETEM NOSTRUM ERECTO, QUAMOBREM FOE-
« NESTRARUM ITA HABENDARUM CAUSSA, SERVITU-
« TEM AB ILLO IMPETRARE NON COGIMUR. AT
« NECESSE EST IMPETRARE, NE LUMINIBUS NOSTRIS
« OFFICIATUR, SI QUIDEM LUMINA NOSTRA SINE
« PERICULO OBSTRUCTIONIS EJUS ITA HABERI VO-
« LUMUS. UNDE NUSQUAM LEGIMUS SERVI-
« TUTEM IMMITTENDI FOENESTRAS IN PA-
« RIETEM NOSTRUM, AT SERVITUTEM NE
« LUMINIBUS OFFICIATUR PASSIM LEGIMUS.
« Certissimo argumento, fœnestras jure nostro
« habere in nostro pariete posse: at ut lu-
« mina immissa ita sint, ut immittimus, juris
« nostri non esse, nisi servitute luminum con-
« stituta. »

E con questo temperamento il Sig. Avversario avrebbe provveduto meglio al suo interesse che non con l'arrischiata Inibitoria, la quale avrebbe portato all'effetto d'interdire, per non sottoporre l'orto adiacente ad una pretesa servitù, per non voler esso avversario menomamente scomodarsi, al cittadino l'esercizio della naturale libertà consacrata da tutte le leggi; e si sarebbe venuto a ricevere e stabilire una massima odiosa, qual è quella d'interpetrare la materia delle servitù a rovescio; dico a rovescio, perchè mentre la Giurisprudenza vuole che s'interpetrino strettamente, con la causa attuale si voleva darle una estensione, una latitudine, che sarebbe stata capace di imprimere un mar-

chio disonorevole in quella Sentenza che l'avesse accolta: — Non si doveva mai pretendere dal Sig. Avversario d'imporre tutto il peso delle sue esigenze ed esorbitanze ad un quieto e pacifico cittadino, ch'esercitava col consenso della Legge e nella moderazione da essa stabilita i proprii diritti, al tempo stesso che dirigendosi a' Tribunali mostrava follia o irreverenza, quasi assicurandosi di potergli i avere complici nelle sue pretese.

Esaurita così con tutta la latitudine ed ampiezza, che per noi si è potuto maggiore, la materia delle Servitù, e specialmente delle Servitù *negative*, e del modo di costituirle, posso con una qualche sicurezza discendere a determinare la vera e propria teoria delle Servitù, ch'è l'appresso.

TEORIA

Delle Servitù in generale e specialmente di quelle che s' inducono per la Destinazione del Padre di famiglia non che delle Servitù negative.

MASSIME DI DIRITTO	SORGENTI DA CUI EMANANO
1. Ognuno è padrone di fare della cosa sua ciò, che più gli piace: epperò può liberamente usque ad *sydera* edificare sul proprio suolo; ricostruire la propria casa, se depressa; aprir finestre nel proprio muro, quantunque mai ve ne sieno state.	*L. 8, § 3, D. Si Servitus vindic. L. 8, C. De Servit. et Aqua* PAOLO DE CASTRO *Comment. lib. 3, h. t. et ad L. Cum eo D. De Servit. urban. prœd.* GIASONE alla *L. Ex hoc jure D. De Just. et Jure. et ad L. Quominus D. De Flumin.* ANGEL. TARTAGNI *ad L. 8, C. De Serv. et Aq. et ad L. Cum eo D. De Servit. urban. prœd.* COEPOLLA *De Servit. urban. prœd. cap. 72, n. 1,* DONELLO *Commentar. Jur. Civil. Lib. XI. cap. V. §§ 6, et seqq.* BRUNEMANN. *ad L. 8, C. De Servit.*

et Aqua. GOBIO *Consultation. Decisiv.* 132, *nn.* 1, *ad* 5, MANSI. *consult.* 476, *n.* 2, *tom.* 5, CAPONIO *Discept. forens.* 170, *n.* 10, SURDO *Consil. Lib.* 1. *Cons.* 126, *n.* 4, DE LUCA *De Servit, Disc.* 3, *n.* 2, *Dis.* 4, *n.* 13, 14, 15, PECCHIO *De Servit. tom.* 3, *cap.* 8, *quœst.* 19, DECIS. SAC. SENAT. PEDEM. *apud Thess.* 41, DECIS. NEAPOLIT. 224, *et* 225, *apud. Afflictis.* DECIS. 46, *apud Leoncil. n.* 2, *et seqq.* DECIS. 55. *apud Sperell. n.* 18, *et* 39, ROTA FLORENTINA *in Florentina fœnestrœ* 24, *Jul.* 1720, *nel Bonfini* DECISIONE DELLA CORTE REGIA DI FIRENZE *de'* 21 *Gennajo* 1843.

2. Questo esercizio della natural libertà, consacrata dal diritto civile non può essere impedito pel riflesso, che ne risenta danno il

V. la medesima autorità, ma più specialmente il DE LUCA Summa De Servitut. Cap. 2, n, 13, e segg.

vicino; a meno che *questo danno non* sia lo scopo *precipuo,* essenziale ed esclusivo dello esercizio medesimo, nel qual caso la suddetta libertà verrebbe menomata per ministero della equità, limitazione conosciuta sotto il nome di Emulazione.

— e il DONELLO Comment. Juris Civilis. Lib. XI cap. 5, §§ 7, e 10.

3. Ammessa questa illimitata libertà di fare della cosa sua quel migliore uso, che ne piace al proprietario, non si conosce per legge altra limitazione, che quella della Servitù.

L. 8, D. De Servit. Urb. præd. e L. 8, Cod. Eod. ed Angel. a. q. l.

4. La Servitù frattanto dalla Legge si ritiene come una limitazione alla naturale libertà, inquantochè un cittadino proprietario di un fondo vi ha rinunziato, obbligando a rendere serva la cosa propria all' utile altrui, sia col sopportare che di essa in qualche modo usi il vicino, sia obbligandosi a non farne quel pieno uso, che per natura gli competerebbe.

L. 15, princ. D. De Servit. Urban. præd. L. 8. e L. 10 D. Commun. prædior.

5. Dalla quale esposizione generica della indole delle Servitù deriva la distinzione delle medesime in *Affermative* e *Negative*; facendosi consistere queste allorquando taluno prometta di non adoperar la cosa propria per certi determinati usi, che potessero essere meno comodi al vicino, ossia quando *Servitus consistit in non faciendo*: e dichiarandosi al contrario *Affermative* quelle, le quali consistono nel soffrire un qualche incomodo, che dal fondo del vicino si esercitasse sul nostro, ossia quando *Servitus consistit* in *patiendo.*

V. la più parte degli Istitutisti, e fra gli altri Heineccio; Haimberger ec.

6. Lo astenersi ancorchè per lunghissimo ed immemorabil tempo non può considerarsi come una rinunzia al libero diritto, che compete al cittadino, ossia non può mai considerarsi o ritenersi qual prova di una Servitù negativa già costituita; e molto meno può conside-

De Luca De Servit. Disc. 2, num. 10. Disc. 13, n. 1, 2, Ciarlini Controv. for. judic. lib. 1, cap. 30, n. 1. Costantino ad Stat. Urb. Pacichello De Distant. cap. 6, membr. 1, n. 2, 3, Coepolla De Servit. cap. 20, n. 7, Pecchio De Servit. cap. 1.

rarsi come prescritto nel proprietario vicino il diritto a suo favore d'impedire, che quegli che fin qui si è astenuto dal fare una qualche cosa, la faccia in appresso; perchè nelle cose facoltative non corre prescrizione, la quale solo comincia a decorrere dal giorno della inibitoria fatta da taluno, e dalla relativa acquiescenza per 10 anni dell'inibito.

quæst. 4, n. 11. MERLIN Répertoire de Jurisprudence M. Servit. § 21, n. 5. SCHUSTER Dir. di fabbr. art. 33. MUHLEMBRUCH Lib. 2, cap. 4, § 293, n. 1.

6. Quello aggravamento, che può risentire il fondo del vicino dal legittimo esercizio del diritto di un terzo proprietario, come, per esempio, il prospetto che possa aversi da finestre aperte nel proprio muro, sopra un fondo adiacente del vicino, non è Servitù, nè si può chiamare con tal nome.

DONELLO Commentar. jur. Civil. Lib. IX cap. V. §§ 7, e 10.

7. Lo che è tanto vero, che, com'è libero a chiunque aprire nel proprio muro finestre rispondenti nel fondo del vicino, così a questo è permesso libe-

DONELLO — Ivi — L. 12, Cod. De Edific. privat. CUJACIO ad Lib. VIII, Cod. DE LUCA Summa De Servit. Cap. 2, n. 13 e segg.

rarsi da questa soggezione di prospetto, edificando alla sua volta dirimpetto allo edifizio, ove sono state aperte le finestre, per le quali si esercita il temuto sospetto; qual libertà di contro edificare non è limitata se non che dalle leggi sulle distanze, se trattisi di edificare dirimpetto a muro postico.	RUOTA FIORENTINA Decisoin. 25 Settembre 1732 e 17 febbraio 1758. SUPREMO Consiglio Dec. 12 Settembre 1822. CORTE REGIA di Firenze, Decisioni 25 Settembre 1841: 25 Aprile 1842, e 6 febbraio 1844.
8. Il che non sarebbe se si trattasse di vera e propria servitù, essendo nella natura di questa, che il fondo serviente debba prestarsi in perpetuo a questo aggravamento.	V. le autorità riferite nelle precedenti classificazioni; e più latamente il Donello §§ 8, 9 e 10.
9. Per regola generale le Servitù non si costituiscono, che mediante un patto o convenzione espressa; la qual cosa è tanto vera, che non ritenevasi pel diritto romano come riserbata sopra un fondo, che fosse in vendita, una servitù, se di questa non si faceva esplicita menzione o riservo.	L. 8, D. Commun. Praedior., L. 10, D. eod., e L. 99, D. De Verbor. obbligation.
10. Il Diritto Romano dopo avere espressamente	LL. 35 e 36, D. De Servit. urb. præd. Bar-

stabilita questa regola, vi faceva eccezione soltanto nel caso della Servitù *tigni immittendi*, che fosse già costituita in case contigue provenienti da un medesimo proprietario, e da questo trasmesse nell' altrui proprietà sia per atto tra' vivi, sia per atto di ultima volontà; nel qual caso, quantunque di detta Servitù *tigni immittendi* non si fosse fatto riservo, pure continuava ad esistere; e ciò per comodità reciproca dei fondi; e per evitare disturbi, discordie e quistioni.

tolo alla L. 10, D. Commun. præd. e alla L. 35. De Servit. urban. præd. Cujacio Commentar. ad Quistion. Papin. Lib. VII. Pothier ad Pandect. h. t.

11. Dalle quali due Leggi del Testo la concorde interpetrazione e Giurisprudenza dedusse un nuovo modo costitutivo delle Servitù, cioè un modo tacito, che si chiamò per Destinazione del Padre di Famiglia, e che dalla Servitù *tigni immittendi* si estese a molte altre Servitù; ed intanto si disse per *destinazione del Padre di Famiglia*, in quantochè si riteneva doversi rispettare

Cod. Napol. art. 688, 689, 690, 692, 693, 694, Cod. delle Due Sicil. art. 612. e segg. Cod. Civ. di Parma art. 543. Cod. Piemontese, ec. Toullier Droit Civil, Tom. 3, Pag. 290. Pardessus Traité Des Servit. §§ 288, e 289. Teulet e D' Auvilliers Les Côd. Franç. annot. art. 694. Rogron Côd. civ. expliq. Liv. 2, art. 692.

e mantenere dai successori quelle Servitù, che si trovassero costituite sopra fondi immediatamente contigui e provenienti da un solo e medesimo proprietario, che così gli avesse disposti per utilità e vantaggio reciproco, oppure disposto l'uno in modo da rendere un comodo all'altro.

De Luca De Servit. Disc. 2, num. 10 e Disc. 32. De Servit. e Summa n. 14. Costantino ad Stat urb. annot. 23 art. 2, num. 214. Mérlin Répertoire de Jurisprud. Mot Servitud. § 21, Decisioni. Dec. 6. T. 4. for. Ombros. Rot. fior. 8 Luglio 1785: 22 Apr. 1795; 27 Lugl. 1792. Ruot. d'Arezzo 17 Agosto 1824. Supremo Consiglio 11 Giugno 1828. Ruota di Pisa 30 Settembre 1835. Supremo Cons. 10 Giugno 1836 Corte Regia di Firenze 27 Agosto 1842; 20 Agosto 1840; 28 e 29 Aprile 1842; e 4 Settembre 1849. Rot. Romana. -- 27 Giugno 1635 ap. Dunoz.; 6 Marzo 1690; 23 febb. 1636 nelle Recent. Decisioni Francesi. Corte di Cassaz. 23 Aprile 1817. Corte di Pau 12, Dic. 1835;

Corte di Caen, 13 Magg. 1837. Corte di Bastia, 23 Apr. 1838; Corte di Cassaz. 15 Febbr. 1843. Corte d'Orleans 23 Dicembr. 1840.

12. Bensì non tutte le Servitù si possono pretendere indotte tacitamente dalla Destinazione del Padre di famiglia, ma solo quelle conosciute sotto il nome di *continue* ed *apparenti*; per la ragione, che se tutte si fossero volute ugualmente costituite in modo tacito, immenso campo sarebbesi aperto alle frodi e alle dissensioni.

V. tutte le autorità riferite al num. 11 di questa classificazione; più il De Augustinis *Tratt. Delle Servitù.*

13. Cosicchè le servitù così dette *negative*, quelle cioè che consistono *in non faciendo*, non si possono pretendere indotte per Destinazione del Padre di famiglia; appunto perchè le Negative non hanno in sè un segno apparente, che riveli così essersi voluto dall' antico e primitivo proprietario: per acquistare

Gloss. alla L. qui luminib. D. De Servit. urb. præd. De Luca De Servit. Disc. 13, Disc. 32 e Summa n. 14. Ciarlini Controv. forens. lib. 1, cap. 30. Costantino Ad Stat. Urb. Annot. 23, Art. 2, num. 214. Pacichello De Distant. Cap. 6,

le quali servitù verun altro modo giova, se non che il patto espresso, oppure la prescrizione decennale, che comincia a decorrere dal giorno della inibitoria, che per avventura il vicino avesse fatto a colui, che si pose ad alterare l'antica forma del suo edifizio; inibitoria però susseguita da acquiescenza e silenzio dell'inibito per 10 anni.

14. La Servitus Altius non tollendi in ispecie, comecchè eminentemente negativa, è stata sempre da una unversale e concorde giurisprudenza ritenuto, non potersi mai pretendere per la Destinazione del padre di Famiglia, nè esservi altro mezzo per acquistarla tranne quello accennato per tutte le altre servitù negative, cioè od il *patto*, o *la prescrizione decennale* decorsa dal giorno della inibitoria, e correspettiva acquiescenza per parte dello inibito.

membr. 1, n. 23. Coepolla De Servit. Cap. 20, n. 7, e Cap. 39, n. 1. Pecchio De Servit. Cap. 1, quæst. 4, n. 11. Merlin Répertoire de Jurisprud. M. Servit. § 21, num. 5. Schuster Dir. di Fabbr. art. 33. Muhlembruch Lib. 2, c. 4, § 293, n. 1, e più le Decisioni rifer. al N. 11, di q. classificazione.

V. Le autorità tutte riferite al N. 1 e 131 di questa Classificazione; più il *Testo* nella L. Binas Ædes 9, D. De Servit. urban. præd. specialissima nella materia, e fra i Commentatori il Bartolo a questa Legge; e fra le Decisioni toscane più specialmente la Rotale nella *Liburnensis altius tollendi* 8 Luglio 1785; e nella *Aretina altius tollendi* dei 22 Aprile 1795; e la

15. E non solo non si può impedire pel capo della Destinazione del Padre di famiglia, o per qualunque altro argomento importante una tacita Servitù, d'innalzare la propria fabbrica, ossia non solo non si può pretendere come tacitamente indotta la Servitù ALTIUS NON TOLLENDI, ma nemmeno si può impedire la superedificazione o l'innalzamento della propria fabbrica, ancorchè per essa si venisse a menomare una Servitù apparente di altra fabbrica contigua, quantunque ambedue provenienti dal medesimo proprietario, come sarebbe, per es., l'ostruzione di una finestra; nel qual caso soltanto si modifica lo innalzamento della fabbrica col far lasciare una piccolissima intercapedine fra quella e la finestra, affinchè non del tutto si renda

Decisione della Corte Regia di Firenze de'24 Agosto 1840.

L. 9, D. De Servit. urban. præd; e le autorità riferite al Num. 11, di questa classificazione.

oscura la stanza, ove la finestra corrisponde; modificazione che si ordina non *jure Servitutis*, ma per riflesso di *equità*.

16. Ed intanto anche l'alterazione di una *servitù apparente* in un fondo non si reputa buona ragione per impedir lo innalzamento dell' altro, sebbene ambidue provenienti dal medesimo proprietario, che in tal forma gli abbia lasciati, inquantochè, s'è apparente la *servitus luminum* o *prospectus*, altrettanto non è tale quella *ne luminibus* o *ne prospectui officiatur*, non essendo certo e verosimile, che l'antico proprietario tenesse depressa l'una fabbrica per comodo dell' altra, anzichè per qualche altro motivo; reputandosi inverosimile, che un Padre di famiglia tenuto alla domestica economia abbia voluto deprezzare un edifizio pel puro e sterile comodo di una finestra.

V. Rot. Florentina 22 Apr. 1795, cor. Pardini; citata da tutte le successive; Corte Regia di Firenze 24 Ag. 1840. Corte Regia di Pau 12 Dic. 1835: e di Caen 13 Mag. 1837.

§ V.

Se ricorrano nel caso presente i termini della Emulazione.

Già fino da quando furono superiormente sviluppate le quistioni che formano parte della presente Consultazione, ci accadde di rammentare come di passaggio un *qiud* giuridico, che si considera come un ostacolo a quella libertà, che ogni cittadino ha dalla natura e dalle leggi consacrata di fare della cosa sua ciò che più gli piace; e questo *qiud* è la *Emulazione,* della quale:

I. Esamineremo la natura, indole ed efficacia giuridica.

II. Se ricorra ne' termini del caso presente l' applicazione.

I. *Natura, indole ed efficacia giuridica della Emulazione.*

Ogni uomo, che vive in Società ha ricevuto così dalle Leggi Divine, come dalle Leggi Umane una serie di doveri, senza la esatta osservanza dei quali impossibile riuscirebbe l' umano consorzio. I quali doveri la Legge Divina compendia in queste poche, ma sufficienti parole: *Quod tibi ne vis fieri, alteri ne feceris;* e la legge Umana con quelle *Neminem lœdere.*

Punto di partenza adunque ai doveri, che incombono all' uomo verso l' altro uomo, è que-

sto: *Non fare agli altri ciò, che non vorresti fosse fatto a te*: in questo principio generale, assoluto consiste la misura dei propri doveri, i quali sono meglio contrassegnati esprimendoli così assolutamente di quello, che non si fosse potuto fare con una minuta e ricercata esposizione. Nello adempimento di questi doveri l'uomo ha per guida quel giudice, che mai mentisce, che mai inganna, e che non può essere ingannato, e questo giudice, è la *coscienza.*

Ma pur troppo accade, che l'uomo in ispreto di questo comandamento si renda sordo alla voce della propria Coscienza, e si lasci trasportare dalle passioni, che ingombrano il cuore dell'uomo, o da quegl'ingeniti sentimenti di antipatia e di malevolenza, dei quali il cuore umano è una sorgente inesauribile, senzachè quella ragione, che la Provvidenza compartì agli uomini per discernere il vero dal falso, il buono dal rio, venga adoperata e rivolta a soggiogargli e dominarli. Così la Vita umana, tranne poche eccezioni, non è che una continua guerra, ed un continuo contrasto, una incessante inimistà fra uomo e uomo, e le azioni umane ritraggono e sono informate da questi sentimenti del cuore.

E per discendere al tema speciale, su cui stiamo occupandoci, le Leggi Romane compresero benissimo, che l'uomo poteva rivolgere la cosa propria a danno altrui, e lo vollero impedire. Così mentre concedevano amplissima libertà al cittadino di fare sul proprio suolo ciò, che più gli andasse a talento, limitavano questa medesima libertà, quando di essa il cittadino si fosse

servito come d'istrumento per danneggiare l'altro cittadino, anzichè per procacciare a sè medesimo utilità e vantaggio. Ma il Diritto Romano, maestro a tutte le legislazioni antiche e moderne di civil sapienza, non tardò ad accorgersi, che il cittadino anche involontariamente poteva arrecare all' altro cittadino col semplice esercizio del proprio diritto: onde, interpretando il diritto romano, si procedè a distinguere il danno, che potesse risentire il vicino, in danno *consequenziale od accessorio* e in danno *primordiale, o principale:* si dichiarò essere il primo quello, che derivava indipendentemente dall' animo del cittadino in forza, in conseguenza dello esercizio dei propri diritti, e si stabilì non potersi questo danno attendere per limitare lo esercizio medesimo, perchè nel civile consorzio deve l' un cittadino sopportar di quieto animo que' pregiudizi, ch' ei medesimo è nel caso di restituire altrui con egual esercizio di diritti, pregiudizi che sono il correspettivo della utilità, che rende la convivenza sociale. Si definì per danno *primordiale* quello che il cittadino arrecava non come conseguenza dello esercizio del proprio diritto, ma con l' animo predisposto a far male, a nuocere altrui, cosicchè l'animo dell' agente anzichè proporsi il proprio vantaggio, si proponeva il danno del vicino; il qual danno era il fine precipuo, essenziale, e quasi esclusivo dello esercizio del diritto medesimo. E questo affetto dell'animo si chiamò *Emulazione,* e si volle ostacolo capace a limitare lo esercizio di quei diritti, che competessero al cittadino; cosicchè mentre per

istretto diritto questi poteva fare della cosa sua ciò, che più gli piaceva, per le regole e per i precetti della *Equità*, che si volle far primeggiare al *diritto*, gli si vietava.

Ma prima di addentrarci viepiù in questa disamina, rendesi necessario trattenerci in brevissima discussione su questo dubbio, che fu pure proposto dall' Avversario, cioè se la Emulazione ne' casi di Servitù e d' Inibitoria ricorra soltanto dirimpetto allo Edificante, e giammai dirimpetto allo Inibente. Dubbio proposto invero; poscia per la sua enormità cercato di velare con argomenti cavillosi ed insussistenti: ma poichè fu allegato in una Scrittura esistente in Processo. (1), e che dovrà richiamare l' attenzione della Regia Corte, così è debito mio rivolgere contro di esso una piena ed inconcussa confutazione.

E comincierò dal riferire le parole con le quali l' accennata Scrittura lo formulò, e quelle con cui la sagace contraria difesa lo corroborò (2), affinchè non ci si debba sentire di nuovo accagionare di abbaglio, di equivoco, e di falsa interpretazione dello avversario concetto.

E nella Scrittura summenzionata si legge:

« *Attesochè male la Sentenza appellata abbia*
« *parlato di Emulazione, la quale non si cono-*
« *sce in diritto rispetto al Nunziante la nuova*
« *opera, e solo nei congrui casi può essere va-*
« *lutata rispetto allo edificante L. 3, D. De*

(1) Scrittura Avversaria de' 28 gennaio 1854.
(2) Consultazione Avversaria de' 28 gennaio 1854.

« *Operibus Publicis; oltre di che mancava in*
« *fatto ogni elemento in proposito, ed azni ri-*
« *correvano elementi opposti com' è stato notato*
« *nell' atto di appello.* »

E nella consultazione avversaria si sviluppava il concetto con queste parole:

« E l' obietto della *emulazione* è una *spe-*
« *cialità*, che in matera di *nuova opera* si ap-
« plica solamente all' *edificante*, il quale intra-
« prenda un *lavoro senza alcun suo profitto, e*
« *col solo scopo di dar molestia al vicino*, nel
« qual tema si limita la regola, che permette
« al proprietario di fare sul suo ciò, che più
« gli piace, ancorchè nuoccia al vicino, come
« abbiamo dal Testo in *L. opus novum* 3, *D.*
« *De Oper. publ.*, che parla esclusivamente delle
« *edificante* — Ivi — *Opus novum privato*
« *etiam sine Principis auctoritate facere licet,*
« *prœterquam si ad œmulationem alterius Ci-*
« *vitatis pertineat, vel materiam seditionis prœ-*
« *beat*, come dello *edificante* parlano tutti i Giu-
« risperiti e i Decidenti che ragionano in tema
« di *emulazione.*

« Dunque in questo rapporto la Sentenza
« ha preso un solenne equivoco, applicando un
« *obietto esclusivamente proprio dell' edificante*
« *al nunciante la nuova opera.* »

Per confutare il quale obietto, parmi non esservi di bisogno, se non che di risalire ai principii già esposti, ed attenersi ad una logica rigorosa.

È principio di diritto, che il padrone di un area qualunque è pur padrone di fabbricare su

di essa fino alle stelle, per la ragione che il suolo è libero della sua superficie fino al cielo: è pur principio di diritto, per la identità di ragione, che il proprietario di una casa può innalzarla, superedificandovi, fino al cielo. — È pur principio di diritto, che non si considera per impedire al cittadino l'esercizio di questa natural libertà quel danno consequenziale, che il vicino possa venire a risentirne. Cosicchè il fare della cosa propria e sulla cosa propria quel migliore e più arbitrario uso, che piaccia, è un diritto, che la natura concede, che la Legge civile conferma, consacra, tutela da qualunque attacco od impedimento che altri vi facesse od apprestasse.

È principio altresì di diritto che quando il fine principale di chi esercita un diritto, quello è di danneggiare e di molestare il vicino anzi che quello di conseguire una qualche utilità, comodo e vantaggio, e ciò per un sentimento di inimistà e di malvoglienza contro il vicino, ossia in ultima analisi quando l'azione del cittadino è ispirata da emulazione, si limita questa naturale libertà, e si ristringe questo effrenato esercizio del diritto. È allora che il vicino afflitto e molestato dagli effetti del malvolere del suo vicino, spicca inibitoria contro la nuova opera, ed implora il ministero del Giudice, il quale, ponderati nella imparziale coscienza gli elementi tutti del caso, ed accertatosi ch'esiste emulazione nell'agente, interdice a questo lo esercizio del proprio diritto, e rassicura e tutela il dolente vicino.

Dunque questo intervenire del Giudice, questo interdire al cittadino l'esercizio del proprio

diritto pel capo della Emulazione, non è che un rimedio equitativo, stabilito dalla stessa Legge in correzione dello stretto diritto, rimedio equitativo, che conduce alla limitazione dello esercizio dei diritti naturali e civili.

D'altra parte la Inibitoria è alla sua volta un espediente, che la Legge e la Giurisprudenza hanno trovato per ottenere, che una qualche opera, una qualche azione non possa proseguirsi fino a ragion conosciuta; quale espediente si esercita da chi si stima offeso dall'opera o dall'azione medesima: e siccome questo espediente o rimedio, che vogliasi chiamare, si deferisce dalla Legge a chicchessiasi, così chiunque l'adopera non fa che esercitare un diritto.

Dunque tanto è diritto del cittadino di edificare o di far della cosa sua ciò, che più gli piaccia, quanto è diritto del cittadino medesimo d'interdire, d'inibire l'opera, l'azione, l'uso di questa cosa fino a ragione conosciuta.

E la Inibitoria può essere dal Giudice confermata.

1. Sia quando lo Inibente giustifica il diritto d'impedire che quella data opera si faccia, come, per esempio, nel caso di una qualche servitù legittimamente acquisita, cui si venisse a menomare e distruggere con l'opera stessa.

2. Sia quando lo Inibente, quantunque privo del diritto d'impedire l'opera intrapresa dal suo vicino, riesca a giustificare il grandissimo danno, che ne riceve; senzachè allo Edificante sia per risultarne la più lieve utilità, nel qual caso si presume la Emulazione.

Dunque la Inibitoria può essere confermata: per ministero di stretto diritto, e per ministero di Equità.

Dunque per la Equità può interdirsi al cittadino l'uso dei proprii diritti.

Passiamo ad altri principii.

Il cittadino che convive in società, e sotto l'impero delle leggi, ha fra gli altri diritti quello di essere uguale in faccia alle leggi stesse: grado, condizione sociale, tutto sparisce negli stati bene ordinati, ed una legge giusta ed imparziale veglia su tutti. Lochè è tanto vero nel diritto Romano, che i giureconsulti definivano la Giustizia *Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere (L. 10, D. De Just. et Jure).* Se pertanto tale è la Giustizia, ne deriva per necessaria conseguenza, che se la posizione dei cittadini fosse impari dirimpetto alla Legge, questa non sarebbe più giusta, e quindi non vi sarebbe più giustizia.

Premessi questi principii, veniamo alla loro applicazione.

Se lo edificare è un diritto competente in modo illimitato ad ogni cittadino; se questo diritto illimitato in astratto, può essere limitato in concreto mediante il concorso della Emulazione per ministero di Equità; se l'inibire è al pari dello edificare un diritto competente ad ogni cittadino; se l'essenza della Giustizia quella è di rendere uguale la posizione dei cittadini in faccia alle Leggi, ne consegue per necessaria ed inevitabile conseguenza, che anco lo inibire può essere limitato per ministero di Equità, cioè

quando lo inibente sia animato a spiccare la Inibitoria anzichè dallo spirito di salvare il suo fondo da un pregiudizio o da un nocumento qualunque, da quello di molestare il vicino.

La logica adunque basta a confutare lo stranissimo obietto inventato dalla difesa avversaria per sostenere una Inibitoria, che non si sostiene.

Ma ciò non è tutto; Poichè si è asserito che tutti gli Scrittori di Giurisprudenza sono concordi nello ammettere la Emulazione soltanto dirimpetto allo Edificante, e giammai a quello dello Inibente, siamo costretti a provare, che anche in questo la difesa avversaria ha errato.

Primieramente basterebbe osservare, che quando pure si verificasse la circostanza, che tutti gli scrittori di diritto abbiano parlato della Emulazione dirimpetto allo Edificante, anzichè allo Inibente, nulla monterebbe: imperocchè una volta certo e indubitato un principio per le massime generali della Logica e per i principii sostanziali della Giustizia, di veruna efficacia riuscirebbe quell'Autorità, che sostenesse il contrario, perchè non dev'essere maggiore l'ossequio allo splendore di un nome e di una riputazione, che alla ragione ed alla filosofia.

Secondariamente, che se gli scrittori di Diritto hanno contemplato più di sovente, parlando della Emulazione, lo Edificante che lo Inibente, dipende da ciò, che nella pratica si è veduto ricorrere più frequentemente questo pravo animo in chi edifica che in colui il quale inibisce. Cosicchè dal silenzio di questi scrittori non devesi

menomamente desumere una prova, una certezza, che essi abbiano voluto ammettere un principio, che stando in contradizione co' principji del senso comune, starebbe eziandio in contradizione con quella fama di dottrina e d'integrità, di cui vanno meritamente adorni i più celebrati giureconsulti.

In terzo luogo infine, che nulla è più falso dello asserire, che tutti gli Scrittori di Diritto hanno ammesso la Emulazione dirimpetto allo Edificante, e non allo Inibente. E per mostrare questa falsità, mi contenterò di riferirne alcuni, che nella subietta materia meritano di essere riputati come classici.

E comincerò dal cardinal De Luca, il quale (*De servitutibus Disc. XIV, n.* 4.) co' seguenti termini ci ammaestra — Ivi — « Quando autem hæc ratio cessat, oppositio remaneret æ-« mulatoria, prohindeque rejicienda ex regula, « ut quod uni non nocet, et alteri prodest de-« negandum non sit: et quemadmodum æmu-« lationis præsumptio in altius tollente inducitur « ex nulla vel satis modica ejus utilitate cum « notabili alterius vicini præjudicio ad commu-« niter notata in *L. altius C. De servit. et* « *Aqua. Capyc. Latr. Dec.* 50, *Rot. Rom. Dec.* « 611, *par.* 5, *recent. ubi de hac materia æ-* « *mulationis cum aliis hoc eodem titolo frequen-* « *ter*, ITA E CONVERSO ÆMULATIO PRÆ-« SUMENDA EST IN EO, QUI NULLUM PA-« TIENS PRÆJUDICIUM, ÆDIFICIUM UTILE « VEL COMMODUM VICINO IMPEDIRE VELIT. »

E nel *Disc. XLI, n.* 6. il medesimo cardinal

De Luca ritorna sullo stesso argomento, e ripete la stessa massima. — Ivi — « Accedente « etiam præsumptione malignitatis, nam exinde « resultabat alterius damnum absque Commu- « nitatis vel aliorum civium utilitate, dum alii « non habebant animalia; in quo proprie æmu- « latio consistere dicitur, UBI SCILICET quis « FACIT VEL RESPECTIVE PROHIBET ID « QUOD SIBI NULLAM AFFERT UTILITATEM « ET ALTERI DAMNUM CAUSAT, ad notat ad « materiam Textus in *L. altius C. De Servit.* « *et Aqua cum concord. apud Capyc. Latr. Dec.* « 50, *et Rota Rom. Dec.* 611. *par.* 5, *rec. et.* « *sæpius.* »

Ne è solo il cardinal De Luca a professare questo principio; ma evvi pure il Romussio (*De Novi Operis Nunciatione Pars. II, Art.* 16, *num.* 9 *et* 12), il quale riferendo fra le Autorità allegate quella del cardinal De Luca, ne abbraccia la opinione. — Ivi — « In suo « quidem jure naturalis libertatis quisquis al- « tius ædificare potest, quamvis vicino noceat, « et luminibus ejus aut prospectui officiat . . . . « modo id nocendi animo revera non fiat, nec « ulla æmulatio intercedat, quæ ex modica « nempe aut nulla ædificantis utilitate resultat. « *Pecch. d. quæst.* 31, *n.* 50, *et in terminis* « *Card. De Luca De Servit. Disc.* 14, *n.* 4 *et* « *Disc.* 41, *n.* 6. *Constantin. ad Stat. Almæ* « *Urbis adnotat.* 23, *n.* 70, *tom.* 1.; ET CU- « JUS PRÆSUMPTIO IN EO RECTE CADIT, « QUI NULLUM PRÆJUDICIUM PATIENS COM- « MODUM AUT UTILE ÆDIFICIUM VICINO

« ALTIUS TOLLENDI INHIBERE VELIT. *Idem*
« *De Luca ubi supra.*

Annientato così l'obietto proposto dall'avversaria difesa, proseguiremo la esposizione della materia, intorno a cui si avvolge la emulazione.

Vedemmo di sopra, che la interdizione fatta al cittadino dello esercizio dei proprii diritti pel capo della Emulazione si diparte dalla Equità; e questa Equità non è già un trovato della Giurisprudenza, che siasi voluta porre al di sopra della Legge, ma è la Legge stessa, che l'ha consacrata, e che le ha impresso il carattere di vera e propria Legge. E contro questa Equità ruppe una lancia l'avversaria difesa, rimproverando il Tribunale di Prima Istanza di avere calpestato e conculcato i più sacri diritti, e le più sacre massime di Giurisprudenza; cosicchè questa Equità appariva agli occhi dell'avversario poco meno che una tirannia, una usurpazione.

Primieramente devesi conoscere il modo, col quale l'avversario rimprovera alla Sentenza appellata l'applicazione delle massime equitative; ed in secondo luogo conoscere, se veramente quella Sentenza fece il male, che le si rimprovera.

Così parla l'avversario nel suddetto Atto di Appello — Ivi § 3. — « Perchè il supposto gra-
« vissimo danno dell'avversario e l'asserto tenue
« nocumento del comparente nella proibizione
« di detto prospetto non sussistevano, e *quate-*
« *nus* non avrebbero rilevato per l'effetto di
« autorizzare, come il Tribunale ha ritenuto, a

« conculcare gli altrui diritti in *linea di equità*
« e di spendere questa *equità* per condannare
« l'inibente alla refezione dei danni e delle spese
« stragiudiciali. »

Le quali rampogne dell'avversario chiunque leggesse, sarebbe indotto a credere, che la Sentenza appellata avesse in ispreto dei più certi, evidenti e legittimi diritti applicato la *equità*. Ma basta porre a confronto del biasimo la Sentenza biasimata per accertarsi, che l'applicazione della Equità non fu fatta, se non che in linea meramente sussidiaria, e dopo la più piena confutazione delle varie parti, di cui componevasi la Inibitoria. Ecco il tenore del passo della Sentenza, che vi si riferisce. — Ivi —

« Attesochè, confutati così i varii fonda-
« menti dal Sig. Caruana proposti in appoggio
« della sua inibitoria, giova non pertanto sog-
« giungere a maggior conferma della presa con-
« clusione, come, quando anche la revoca di
« quella inibitoria fosse meno sicura di fronte
« alle massime rigorose del diritto, avrebbe do-
« vuto pur sempre pronunziarsi in via di equità
« e per le specialissime circostanze del caso.
« E in fatti è un principio, che sopra ogni al-
« tro predomina in questa materia di servitù
« e di conflitto di dominio: *Quod tibi nihil vel*
« *parum nocet, et mihi valde prodest, est per-*
« *mittendum*, conforme ne attestano *Pecchio De*
« *Servitutib. cap.* 4, *num.* 5, *e* 6. *tom.* 1, *e la*
« *citata Decisione della Ruota Fiorentina in*
« *Causa Franchini e Puccetti de'* 7 *Luglio* 1835.
« Ed altro principio, che pur si vede nella su-

« bietta materia costantemente applicato si è,
« che meno odiosa e più facilmente ammissi-
« bile è l'ampliazione ed aggravamento di una
« servitù preesistente, che non la imposizione
« di una servitù del tutto nuova, siccome pari-
« mente dietro al Politi *De Novi Operis Nuncia-*
« *tione Dissert.* 6, *n.* 16, insegna la *citata De-*
« *cisione della Ruota Fiorentina nella Causa*
« *Franchini e Puccetti.* Ora ambidue questi prin-
« cipii soccorrono nel caso mirabilmente all'as-
« sunto del Signor Trebbi, e consiglierebbero a
« rigettare come veramente emulativa e senza
« subietto la inibitoria del Signor Caruana etc. »

È dunque smontata la prima parte dell'accusa mossa dall'avversaria difesa contro l'appellata Sentenza. Rimane a vedersi, se l'altra parte dell'obietto, quella cioè con la quale s'impugna potersi applicare nel caso le massime della Equità, sia ancor meno felice ne' suoi attacchi.

Subitochè si è mostrato, che la Emulazione è un pravo affetto dell'animo, per cui la Equità viene in soccorso di quello contro il quale questo pravo animo dirige le sue offese, è d'intuitiva evidenza, che sono comuni le massime della Equità e della Emulazione fra loro, comecchè questi sieno due oggetti o per meglio due idee inseparabili.

È assioma di diritto sancito nelle Leggi Romane, che: « *Semper in jure œquitas spe-*
« *ctanda est.* » E qui bisogna ben distinguere fra la Equità, che si diparte del *disposto della Legge* e quella che nasce dalla benignità di co-

lui che applica la legge, ossia *Equità pretoria.* Certamente il Magistrato non può porsi giammai al di sopra della Legge; la quale, fosse pure dura e tiranna, non per questo non dovrebbe essere dal Magistrato applicata; al più dovrebbe con Ulpiano esclamare: « *Durum est, sed ita* « *scriptum est.* » Ma quando questa Equità trova la sua sanzione nella Legge stessa, la quale determina i casi, ove dev' essere applicata, allora non pure non è riprensibile il Magistrato, che sulla scorta della Legge l' applica, ma biasimevole invece sarebbe, s' ei non l' applicasse. In Roma senza dubbio il Pretore fu quello, che introdusse la Equità, e l' applicò, ove gli si presentava il destro per mitigare la durezza delle Leggi delle XII Tavole, e sì gli riusciva, attesa la concisione di quelle Leggi. Ma la Equità Pretoria venne a formare una sorgente di Diritto, ed assunse carattere di Legge, carattere che ricevè indubitabile e perenne conferma nella compilazione delle Pandette Giustinianee.

Se la Equità fosse una tirannia, non l' avrebbero celebrata i filosofi, non accolta le leggi, non applaudita i Giureconsulti, non applicata i Magistrati: — ed invece vediamo questa Equità antica quanto le leggi essere stata da tutti accolta in qualunque tempo, in qualunque nazione.

E fra i filosofi veruno ha meglio narrato i pregi e le lodi di questa Equità quanto Aristotile, il quale nella sua *Etica* giunge a chiamarla talora meglio della Giustizia stessa. (*Ethicor. Lib.* 5, *cap.* 10.) — Ivi — « Deinceps autem dicen- « dum est de æquitate et bonitate, atque æquo et

« bono, quonam modo sese habent æquitas qui-
« dem et bonitas ad justitiam; æquum autem et
« bonum ad justum. Nam considerantibus neque
« simpliciter idem neque genere diversum esse
« videtur, atque interdum laudamus æquam et
« bonum, virumque talem. Quare et in cœteris
« laudantes transferimus pro bono, ipsum æquum
« melius esse declarantes. Interdum rationibus
« sequentibus absurdum videtur, si æquum et
« bonum (si quid præter justum existat) lauda-
« bile sit, nam aut justum non est studiosum,
« aut æquum et bonum, si aliud sit a justo: aut
« idem sunt, si utrumque est studiosum. Hæc
« igitur dubitatio ob ea fere, quæ dicta sunt,
« emergit de ipso æquo et bono. Recte autem
« aliquo modo sese habent omnia, et nihil pror-
« sus ipsius adversatur; NAM ÆQUUM ET BO-
« NUM JUSTUM EST, ET EST ALIQUANDO JU-
« STO MELIUS: et non ut aliquod aliud genus,
« melius est ipso justo. Idem est ergo, justum
« atque æqum et bonum. Fit autem hæc dubita-
« tio, quia equum et bonum justum quidem est,
« non autem secundum legem, sed emendatio le-
« gitimi justi. Causa autem est: quia lex quidem
« omnis universalis est, fieri autem non potest,
« ut de quibusdam universaliter recte dicatur. In
« quibus igitur universaliter, quidem dicere ne-
« cesse est, fieri autem non potest, ut recte di-
« catur, in iis lex id quod fit plerumque accipit,
« haud ignorans peccatum. Et est nihilominus
« recta: peccatum enim non est in lege, nec in
« legislatore, sed in ipsa rei natura. Continuo
« namque rerum earum, quæ sub actionem ca-

« dunt, materia talis est. Quum igitur lex quidem
« universaliter loquatur, in iis autem præter uni-
» versale quippiam acciderit, tum recte sese ha-
« bet, ut quà parte legislator omissis ac simpli-
« citer loquendo deliquit, emendetur defectis,
« quod et legislator ipse si adesset, eodem pactu
« dicturus esset, et, si scivisset, ita legem tulis-
« set. Qua propter justum quidem est, et præsta-
« bilius aliquo justo: non tamen simpliciter justo:
« sed eo quod peccat, propterea quod simpliciter
« dictum est. Atque hæc est natura ipsius æqui et
« boni; emendatio legis ex ea parte, qua deficit
« ob universale: hæc enim est causa, cur etiam
« non omnia sint lege: quia de quibusdam legem
« ferre est impossibile. Quare decreti est opus,
« indefinitæ namque rei indefinita quoque regula
« est: sicut et ædificationis Lesbiæ plumbeæ nor-
« ma. Ad lapidis enim figuram mutatur, nec ma-
« net simili modo ad res quoque ipsas decretum.
» Quid igitur sit æquum et bonum, et quod ju-
« stum et quonam sit justo præstabilius, patet.
« Ex quo etiam emergit, quis nam sit homo bo-
« nus et æquus. Est enim is, qui talia eligit atque
« agit; et qui non exacte justum in deteriorem
« exequitur partem, sed imminuit, tametsi legem
« adiutricem ad illud habet. Et habitus hic, æqui-
« tas et bonitas est: quæ quidem justitia quæ-
« dam, nec alius quisquam habitus. »

E le massime professate da Aristotile furono abbracciate da Cicerone, e da altri filosofi, i quali sarebbe troppo lunga cosa referire, ma che non riuscirà vedere annoverati dal *Parlatorio*, insigne giureconsulto spagnuolo, nella su-

bietta materia classicissimo (*Opera Juridica Different. II, pag.* 204.) — Ivi — « Inter jus et
« æquitatem quid intersit, ostendit eleganter
« Aristotiles *Ethicorum* lib. 5, dicens: Æquita-
« tem esse juris legitimi emendationem, id est,
« æquitas juris rigorem emollit, et (ita dixe-
« rim) mansuefacit. Hujus rei illa causa est,
« ut illic idem subjicit Aristotiles; quia cum lex
« generaliter statuat, et definiat, atque de iis
« rebus, quæ frequenter contingere solent, di-
« scernat, neque enim de singulis rebus ferri
« lex potest, ut in hac generali legis compre-
« hensione casus aliquis emergat; qui si legis
« verba sequeremur, iniquitatem contineret: hanc
« igitur legis duritiem æquitas ipsa emendat at-
« que corrigit: prohinde æquitas, secundum Di-
« vum Cyprianum est *justitia dulcore miseri-*
« *cordiæ temperata,* quam definitionem recipit,
« Speculator *Tit. de dispensatione § primo,* et
« Abbas *in cap. final. de transation.* Dicitur au-
« tem *æquitas* a Græcis *Epjicheja,* ut declarat
« Budæus in *L.* 1. *De Just. et Jure.* Ipse vero
« juris rigor a Jurisconsultis *strictum jus* ap-
« pellatur. *L. Placuit C. De Judiciis. L.* 2. *§*
« *Quamquam D. De Aqua pluv. arcenda L. si*
« *res C. ad exhibendum,* et alias passim. Vete-
« res autem istum rigorem *summum jus* ap-
« pellabant, ut illud Ciceronis *Lib.* 1. *Offic. Sum-*
« *mum jus summa injuria est.* Et huc spectat,
« quod Salomon scriptum reliquit *Eccles.* 7. *Noli*
« *esse multum justus,* nempe eos, qui ita literæ
« assident, ut rigorem amplectentes, æquitatem
« deserant: ut recte interpretatur pereruditus

« Doctor Vallesius, quidem Regius Medicus *De*
« *Sacra Philosophia c.* 67. Salomon *Eccles.* 7.
« *Multum* autem dixit, et non dixit *nimium*,
« quia Hebræi comparativum non habent, ut il-
« lud Psalmi. *Bonum est confidere in Domino*, id
« est, *melius est* .... Verum, ut, omisso
« rigore, ad æquitatem revertamur, ex hac æ-
« quitatis ratione, multa in jure videmus, ut *in*
« *L. In summa § Item Varus D. De Aqua plu-*
« *via arcen;* et in *L.* 3. *§ Si quis quasi D. De*
« *Condict. causa data*, et aliis multis legibus,
« quas refert *Gloss. in L.* 1. *C. De Legib. et*
« *Tiraquell. de Retractu linag.* § 35. *gloss.* 1
« *et Marius Salomonius in L.* 1. *D. De Just. et*
« *Jure.* Cum autem hæc æquitas potissimum pro
« utilitate communi introducetur a lege, ut si-
« gnificat *Cicero lib.* 2, *ad Herennium*, idcirco
« quando in jure legimus, quid introductum esse
« pro utilitate communi, accipere debemus ex
« æquitate introductum esse; ut in *L,* 4. *§ fin.*
« *D. De Verb. Oblig. et in § Recte Inst. de*
« *Mand. et in § fin. Instit. De Usuf.*, et alias
« non raro. »

Ma io diceva, che non erano soli i filosofi a celebrare la Equità; sibbene le Leggi stesse, che l'hanno adottata. Infatti se vogliasi aver riguardo alla definizione, che del diritto dà il Giureconsulto Celso, riferito da Ulpiano nella *L.* 1, *D. De Just. et Jure* e al nome di Sacerdoti, che si assumevano i giureconsulti, non potrà più aversi dubbio su questa verità. « Jus est autem
« a justitia appellatum: nam (ut eleganter Cel-
« sus definiti) Jus est ars boni et æqui; cujus

« merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam
« namque colimus: et boni et æqui nòtitiam pro-
« fitemur, æquum ab iniquo separantes, licitum
« ab illicito discernentes . . . . veram (nisi fallor)
« philosophiam non simulatam affectantes. »

Ed una serie infinita di Leggi contenute nel Testo professano il medesimo amore per la Equità; delle quali mi contenterò riferire alcune.

L. 26, § *fin. D. Ex quibus caus. major. XXV annor. in integ. restit.* — « Item inquit
« Prætor: Si qua alia mihi justa causa videbi-
« tur, in integrum restituam. Hæc clausula Æ-
« dicto inserta est necessario; multi enim casus
« evenire poterunt, qui deferrent restitutionis au-
« xilium; nec singulatim enumerari poterunt;
« ut quotiens æquitas restitutionem suggerit, ad
« hanc clausulam erit descendendum. »

L. 85, *D. De Reg. Juris.* — « Quotiens
« æquitate desiderii naturalis ratio aut dubita-
« tio juris moratur, justis decretis res tempe-
« randa est. »

L. 183. *D. De Regul. Juris* — « Etsi nihil
« facile mulandum est ex solemnibus; tamen
« ubi æquitas evidens poscit, sebveniendum
« est. »

L. 8, *Cod. De Judiciis* — « Placuit in om-
« nibus rebus præcipuam esse justitiæ equita-
« tisque quam stricti juris rationem. »

L. 2, § *Item Varus D. De Aq. pluv. ar-
« cenda.* — « Item Varus ait: Aggerem qui in
« fundo vicini erat, vis aquæ defecit, per quod
« effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Va-

« rus ait: Si naturalis agger fuit, non posse me
« vicinum cogere aquæ pluviæ arcendæ actione
« ut eum reponat, vel reponi sinat. Idemque pu-
« tat etsi manufactus fuerit, neque memoria ejus
« extet; quod si extet, putat aquæ pluviæ arcen-
« dæ actione eum teneri. Labeo autem putat:
« Si manufactus fuit agger, etiamsi memoria
« ejus non extet, agi posse ut reponatur. Nam
« hac actione neminem cogi posse, ut vicino
« prosit: sed ne noceat, aut interpellet id facien-
« tem, quod jure facere possit. Quamquam au-
« tem deficiat aquæ pluviæ arcendæ actione di-
« recta, attamen opinor utilem actionem vel in-
« terdictum mihi competere adversus vicinum,
« si velim aggerem restituere in agro ejus: quod
« *factum quidem mihi prodesse potest; ipsi au-
« tem nihil nociturum est. Hoc Æquitas suggerit,
« etiamsi jure deficiamur.* »

Passando adesso ad esporre i Giureconsulti fra la immensa schiera che ci si presenta, comincerò a riferir ciò, che il Pecchio ammaestrò sul proposito della Equità (*De Servitutib. Cap.* 4, *Quæst.* 4, *num.* 6, *in fin.*) — Ivi — « Quoties enim
« intrare posset æmulatio, vellet nollet Dominus
« Servitutis, posset mutari stillicidium ex regula:
« QUOD TIBI NON NOCET ET ALTERI PRODEST VENIT
« CONCEDENDUM, LICET JURE DEFICIAMUR. »

Il Menochio ritiene il medesimo sentimento (*Cons.* 51, *num.* 45.) — Ivi — « Duodecimo
« adducor hac ratione, quæ naturali æquitati
« tota posita est, QUOD TIBI NON NOCET ET AL-
« TERI PRODEST FACILE CONCEDI DEBET . . . . .
« QUA ADDUCTUS RESPONDIT DECIUS (*Cons.* 134,

« *num.* 7.) NON SEMEL LEGES NOS ADJUVARE OB
« ÆQUITATEM. *L.* 2, §. *Item Varus in fin. D. De*
« *Aqua pluv. arcenda. Et ex eo test. egregie*
« *tradit Bart. in L. Si cui D. De Servit;* quod
« ille, qui teneretur præstare servitutem in uno
« loco, potest in alio concedere, si tibi hoc pro-
« dest, et domino servitutis non nocet, late *Cra-*
« *vet. cons.* 226, *num.* 3, *in fin. et Soc. Jur. Cons.*
« 76, *n.* 13, *lib.* 2, *Late Jason. in L. Rescripta*
« *num.* 5, *Cod. De Precib. Imperat. offerend.*

Nè diversamente il Novario, che ammaestra « Vulgata est enim regula, ut quis coga-
« tur facere QUOD SIBI NON NOCET ALTERIQUE
« PRODEST taliter, quod habens viæ servitutem
« potest compelli iter mutare, SI ID SIBI NON
« NOCÉAT ET ADVERSARIO PROSIT. *L.* 2, §. *pen.*
« *versicul. Sed. si non minus D. De Religios. et*
« *sumpt. funer. Rip. in L.* 2, *in princ. num.* 45,
« *D. Soluto matrim. Jason. in L.* 1, §. *fin. num.*
« 8, *D. De Novi operis nunciat. Menoch. Cons.*
« 51, *num.* 45; *quod maxime prodest Cravet*
« *Cons.* 748, *num.* 8, *lib.* 5.

Infine accenneremo senza riferirli per amor di brevità il DECIO *Cons.* 244, *n.* 5, *vers. autem ergo;* — *il* MASCARDO *Cons.* 47, *num.* 59. — il SURDO *Dec.* 168, *num.* 7, *in fin.* — il GRAZIANO *Disceptat.* 541, *num.* 8, *lib.* 4; — ed il CARDINAL TUSCO *Pract. conclus. juris. Conclus.* 221, *num.* 25, *littera S.*

E fra le Decisioni alcune riferiremo, che ci sembrano più notevoli per la gravità dei Magistrati, da cui furono proferite, ed anche per la specialità dei casi, ai quali fu la Equità applicata.

La Rota Romana, senza dubbio celeberrima fra i celebri tribunali, non si è menomamente discostata dalla massima dei giureconsulti, perocchè nella *Dec.* 31, *num.* 19, *Par.* 17. *Rec.*, ch'io prendo fra le moltissime della medesima Ruota, si trova statuito: — Ivi — SEMPER « FIERI ET CONCEDI DEBET, QUOD SIBI NON « NOCET ET ALTERI PRODEST *Text. in L.* 2, « § *Item Varus. in fin. D. De Aq. pluv. arcend.* « *Gloss. in Leg. Creditore D. De Evict. Cravett.* « *Cons.* 748, *num.* 18, *Menoch. Cons.* 51, *n.* 45, » *Novar. Dec.* 5, *num.* 3, *Magon. Dec. florent.* 136, « *num.* 3 *in fin.*

E fra le Decisioni Toscane riferiremo dapprima quella della Ruota fiorentina de'25 Agosto 1612 in causa Carrari e Carrari — Ivi — « Andreas quondam francisci De Carraris for- « nacem ad calcem et lateres coquendos in- « struere incœperat prope arbores fructiferos et « vites D. Petræ De Carraris, quæ cum conclu- « denter probaverit, non solum testium deposi- « tione, sed ex oculari inspectione D. Officialis « loci, qui ex mandato nostro ad locum diffe- « rentiæ se contulit, ex dictæ fornacis construc- « tione magnum incommodum sentire et An- « dream posse eamdem fornacem in parte ejus- « dem agri et loci removeri, æque bene et « commode ædificare absque aliquo damno dictæ « D. Petræ, FUIT JUDICATUM ANDREAM DEMOLIRE « OPORTERE FORNACEM INCOEPTAM, LICET UNUSQUIS- « QUE IN SUO FACERE POSSIT QUOD SIBI MAGIS « PLACET ETIAM ÆDIFICANDO ANIMO NOCENDI PRIN- « CIPALITER VICINO, DUMMODO SIBI PROSIT; *et*

« *hanc mixtam considerationem habeat Bald;*
« *hanc et alii in L. Quominus D. De fluminib;*
« *quos refert Surd. Cons.* 300, *num.* 22, TAMEN
« PRÆDICTA NON FUERUNT AD MITTENDA IN CASU
« NOSTRO, QUIA ANDREAS POTEST IN ALIA PARTE
« EJUSDEM LOCI ÆDIFICARE ABSQUE DAMNO TER-
« TII, ET NIHILOMINUS IPSE PERCIPIET EAMDEM
« UTILITATEM. »

Uguali principii furono ritenuti nella *Sanctæ Crucis Nunciationis novi Operis* de' 6 Giugno 1778 av. Buratti. — Ivi — « Oltre di ciò mi-
« litava per i signori Fortini l'altra regola, che
« il pregiudizio, che deriva dal fatto del vicino
« è sempre considerabile, e può legittimamente
« impedirsi, quando è gravissimo ed intollera-
« bile, come in limitazione della regola, che a
« ciascuno è lecito servirsi del proprio suolo per
« quello effetto, che gli piace anche con danno
« del vicino, come comunemente dopo il *Testo*
« *L.* 2, *§ Si quis a Principe D. Ne quid in loco*
« *publ. stabiliscono il Molina De Justit. et Judic.*
« *De Delictis Tom.* 3. *Tract.* 2. *Disputat.* 109,
« *n.* 1 *et Disputat.* 707, *n.* 13. *Rocca Disputat.*
« *Jur. Selectæ Tom.* 2, *cap.* 175, *num.* 5. *Co-*
« *stantinus Vot. Decis.* 476, *n.* 19. *Card. De*
« *Luca De Servit. Disc.* 5, *n.* 8. *Surd. Decis.*
« 198, *n.* 8 .... Perchè, come bene avverte il
« Cardinal De Luca *De Servitutib. Disc.* 6, *n.*
« 10, in queste cause di servitù la regola di
« giudicare deve prendersi principalmente dai
« motivi, che ha avuto chi ha di nuovo fabbri-
« cato, se questi abbiano tanta relazione al van-
« taggio proprio, che escludano il sospetto di

« voler nuocere altrui, ovvero sieno capricciosi,
« o inutili o cagionati dalla emulazione. »

Ed ancor più precisa, perchè espressamente contempla il soggetto tema della Emulazione, è la *Petrasanctensis fabricæ degli* 11 *Settembre* 1777 *avanti Bizzarrini.* — Ivi —

« Le regole di giustizia nella materia, di
« cui si tratta *(di Servitù)*, sono, che general-
« mente è lecito ad ognuno di fabbricare nel
« proprio suolo, e d'innalzare le muraglie,
« quanto più gli piace, ancorchè ciò possa re-
« care incomodo e pregiudizio al vicino. *L. Al-*
« *tius* 8. *C. De Servit. et Aqua. Constant. ad*
« *Stat. Urbis Annot.* 23, *Art.* 2, *Num.* 59 *et*
« *seqq. De Luca De Servit Disc.* 1, *n.* 2. *Paulut.*
« *Dissert.* 22, *Art.* 1, *N.* 51 *et* 57. *Urceol. Con-*
« *sult.* 75, *n.* 9. *Rot. cor. Caprara Dec.* 743,
« *n.* 1 *et Cor. Herrera Dec.* 104, *n.* 4 *e seqq.*
« *Magonio Decis. Lucens.* 29, *n.* 7 *et* 8. »

« Questa libertà riceve nondimeno varie
« limitazioni, tra le quali, per ciò che concerne
« la presente disputa, due debbono aversi in
« considerazione. »

« La prima, cioè che la fabbrica non si
« faccia per mero capriccio, affine di danneg-
« giare il vicino, o, come si esprimono i nostri
« Dottori, per Emulazione, mentre, provata che
« sia tale Emulazione, può il vicino impedire al
« padrone del suolo, che in esso innalzi la fab-
« brica, che gli arreca pregiudizio. *L. Opus no-*
« *vum* 3, *vers. præterquam si ad Æmulationem*
« *D. De Operib. Public. Cœpoll. De Servit. Ur-*
» *banor. prœd. Cap.* 62, *n.* 2. *Pecch. eod. tract.*

« *Cap.* 8, *quæst.* 26, *n.* 15 *et* 16, *Ansald. Decis.*
« 262, *n.* 35 *et.* 36. »

« Questa emulazione però, che, come cosa
« delittuosa, non si presume, debbe pienamente
« giustificarsi, e, per escluderla, basta, che lo
« edifizio, che vuol farsi, apporti qualunque
« benchè piccolo utile e comodo allo edificante.
« *Rocca. Disputat. Juris Selectæ cap.* 76, *n.* 8.
« *Paulut. Dissert.* 22, *art.* 1, *n.* 100. *Gob. Con-*
« *sultat. Decisiv.* 132, *n.* 14. *Calderon. Resolut.*
« 10, *N.* 9, *Rot. cor. Caprara Decis.* 69, *n.* 8 *et*
« *Decis.* 31, *N.* 2, *par.* 17, *Recen.* »

« L'altra limitazione consiste nella qualità
« del danno, che si arreca al vicino con la nuova
« fabbrica; PERCHÈ, SE IL DANNO È MODICO
« E TOLLERABILE, QUESTO NON SI HA IN
« CONSIDERAZIONE, NÈ PUÒ IMPEDIRE LA
« COSTRUZIONE DELLA NUOVA FABBRICA;
« MA SE IL DANNO SIA GRANDISSIMO E IN-
« TOLLERABILE, IN VEDUTA DI QUESTO PUÒ
« IMPEDIRSI DAL GIUDICE, CHE SI FACCIA
« O SI PROSEGUA LA FABBRICA, come distin-
« guendo insegnano *Urceol consult. Decis.* 136,
« *n.* 42, *Paulut. Dissert. Legal.* 22, *Art.* 1, *n.* 54,
« *Capron. Discept.* 582, *num.* 41. *Rot. cor. Coc-*
« *cin. Decis.* 2209, *n.* 36 *et* 37. *Cor Caprara*
« *Decis.* 489, *n.* 9 *et* 11. »

« E questa limitazione ha luogo non so-
« lamente a favore dei Monasteri, Seminarii,
« Ospedali ed altri luoghi consimili, come fu da
« me avvertito e fermato nella *Florentina Altius*
« *Tollendi* 17 *Februarii* 1758, *in causa Berretti*
« *e Spedal di S. Paolo,* ma procede ancora tra

« privato e privato, giacchè anche in questi
« termini, qualora il danno e pregiudizio ca-
« gionato dalla nuova fabbrica ad un partico-
« lare sia gravissimo ed intollerabile, può quella
« essere impedita, come precisamente osservano
« e fermano *Card. De Luca. De Servit Dissert.*
« 11, *n.* 6, *Dissert.* 9, *n.* 7, *Versic. ante præjudi-*
« *cium et Dissert.* 110, *n.* 5. *Gratian. Discept.*
« *forens. Cap.* 896, *n.* 1, *vers. Non autem. Pau-*
« *lut. dissert. Legal.* 22. *Art.* 1, *n.* 168. *Rot. cor.*
« *Caprara Dec.* 743, *n.* 2 *et cor. Crispo dec.*
« 727, *n.* 6. »

« Per determinare poi la qualità e il grado
« del pregiudizio proveniente dalla nuova fab-
« brica secondo le varie circostanze dei casi,
« tuttociò debbe rimettersi al retto e prudente
« arbitrio del Giudice. *De Luca loc. cit. Rot.*
« *Rom. post. Pacichell. Dec.* 65, *n.* 5 *et* 6. »

E finalmente armonizza co' riferiti principii la *Decisione Rotale de'* 7 *Luglio* 1835 *contenuta nel Tomo* 43, *del Tesoro del Foro toscano* - Ivi -
« Attesochè queste regole debbono per altro a
« fronte del prenarrato caso tacere per le spe-
« cialità, che lo informano, e per cui diviene
« indispensabile l' applicazione di altri principii
« più benigni e più equi, e più precisamente di
« quello, che tanto nella subietta materia pre-
« vale, che: QUOD TIBI NIHIL VEL PARUM NOCET,
« ET MIHI VALDE PRODEST, EST PERMITTENDUM, cui
« *Pecchio De Servitutib. Cap.* 4, *quæst.* 4, *num.*
« 5 *e* 6, *tom.* 1. »

Dopo di che non vi sarà più dubbio veruno, che la Equità specialmente nella subietta

materia delle Servitù, anzichè essere un oltraggio alla Legge, una usurpazione del Magistrato, un sofisma del Giureconsulto, è una parte essenziale del Diritto costituito, che senza questa Equità, la cui valutazione è rilasciata al prudente arbitrio del Giudice, si troverebbe esposto a moltiplici difficoltà nella varia emergenza dei casi, che ricercano una soluzione.

Discenderemo adesso ad esporre di quali Elementi sia costituita la Emulazione, e qual sia il mezzo per costatarla.

La Emulazione è un pravo affetto dell'animo. — Chi è che possa scrutare il cuore dell'uomo? — Veruno tranne Dio, *qui scrutatur renes et corda.* — Impossibile adunque riesce avere una prova certa, evidente, intuitiva della Emulazione; — per la qual cosa è soltanto dallo esame delle varie circostanze, che accompagnano il caso, che può desumersi, se questa Emulazione nella specialità si verifichi. E poichè si tratta di cosa incerta, e da calcolarsi dalle particolarità del caso, così il tutto rapporto alla Emulazione si rimette al prudente arbitrio del Giudice, che con la sua sagacità deve giudicare dello spirito, onde fu animata l'azione dell'uomo. — Per difficile est, insegna il Pauluzio (*Dissertaz. Legali Tom.* 1. *Dissert.* 23, *art.* 3, *cap.* 4, *quæst.* 4, *num.* 5.), « posse per apertas « demonstrationes probari æmulationem seu ma- « levolentiam, cum consistat in corde, quod cerni « non potest, et cujus solus Deus scrutator est, « ideo in hac materia recurritur ad conjecturas; « per quas recte desumi æmulationem dixit *Rub.*

« *in cap.* 13, *n.* 62 *et* 63 *et habemus in Dec.*
« 348, *n.* 17, *p.* 17 *et Dec.* 69, *n.* 24, *par.* 18.
« *Rec*; et secundum quas prudentis judicis ar-
« bitrium pro casum opportunitate, ædificiorum
« et personarum qualitate, damno vicini, regio-
« num more se confirmando, et habito quoque
« consilio peritorum in arte, regulari debet in
« ea excludenda vel includenda. »

E similmente avverte il Cardinal De Luca (*De Servitutib. Disc. IV, num.* 9 *et* 10). « Su-
« per quo (idest super æmulationem) tamen
« certa et determinata regula dari non potest;
« sed totum pendere ex Judicis arbitrio a sin-
« gulorum casuum circumstantiis regulando, at-
« tentis præsertim qualitate ædificiorum et per-
« sonarum respective, et super omnia regionis
« more, seu consuetudine. »

Nonostante la Giurisprudenza si diè cura di stabilire alcune norme, sulle quali il Giudice avesse come una guida per valutare la Emuzione, e se ne rintracciò il punto di partenza nella *L.* 1, § 13, *D. De Aq. Pluv. arcenda*, nella quale si legge « Denique Marcellus scripsit cum eo,
« qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, ni-
« hil posse cogi nec de doli actione. Et sane non
« debet habere, si non animo nocendi vicino, sed
« suum agrum meliorem fecit. »

Dalla interpetrazione della qual legge sorse il punto cardinale per ammettere od escludere la esistenza della emulazione; che cioè questa consiste nel caso, che chi è mosso a fare una data cosa, si proponga nel farla di recare danno altrui anzichè utile a sè medesimo. Così a ra-

gion d'esempio, prendendo il caso dello edificante, se questi edifica, e con lo edifizio danneggia assolutamente altrui, e non reca vantaggio a sè, si presume emulazione; e viceversa si esclude, se con lo edifizio intenda di migliorare la propria condizione, ancorchè danneggi il vicino.

Propterea si concurrat ædificantis utilitas, cessat æmulatio. *Veget. Cons.* 53, *n.* 11, *in fin. n.* 13. *Fachin. cons.* 34, *n.* 20, *lib.* 1. *Andreol contr* 295, *n.* 10. *Sabelli Res.* 15. *Sperello Dec.* 55, *n.* 26.

E converso, quando nihil vel parum utilitatis percipitur ab ædificante ex ædificio, magnum autem damnum resultat vicino, æmulatio præsumitur *Cephal. cons.* 130. *Gratin. Discept.* 475, *n.* 37.

E per avvicinarsi viemeglio al caso concreto, e prendendo ad esaminare, quando si possa presumere nell'apertura della finestra la emulazione, troviamo il Pauluzio, che in questi termini ci ammaestra (Dissert. 23, art. 2, n. 76, 77.) — Ivi —

« Idcirco ad dignoscendum, an principaliter
« faciat ad prospiciendum intra domum vicini, an
« vero ad propriam utilitatem consideranda est,
« quænam et qualis utilitas percipiatur: si enim
« faciens fœnestram nullam aut modicam utilita-
« tem percipiat, utpote quia non habeat de neces-
« sitate aperire fœnestram in eo loco, ex quo
« æque ac commode præbere possit lumen ex alio
« pariete sine damno vicini, tunc locum habet
« conjectura æmulationis. »

Ma poichè la valutazione della maggiore o

minore utilità, che possa avere lo edificante, è ancora essa determinata da circostanze di fatto, e quindi non iscevra da difficoltà, il comune sentimento dei dottori ha stabilito, che il Giudice, il quale si trovi perplesso nello ammettere o nello escludere la emulazione pel dubbio che siavi o nò la utilità dello edificante, debba ordinare una perizia; così c'insegnano il Cefalo nei *Consigli;* così il Pauluzio *Dissertazioni Legali* ed altri infiniti. (Cephal. Cons. 130, Paulutius Dissert. Legal. tom. 1, dissert. 21, n. 111 et 112.) — Ivi —

« Ubi autem dubitaret judex, an utilitas « esset magna vel modica, tunc debet mandare, « ut eligantur duo periti architecti, si haberi pos- « sunt; qui videant an ædificium tendat ad utili- « tatem ædificantis, an vero tantum principaliter « noceat vicino. »

Nè basta per escludere la emulazione, che sia lieve la utiltià; perciocchè una lieve utilità è sufficiente nella picciolezza del danno per parte del vicino: che se dirimpetto a questa lieve utilità stesse un danno grande, la emulazione sarebbe sempre a presumersi. Infatti la emulazione non si diparte dallo stretto diritto, ma sibbene dalla equità: ora è certo, che la equità non consentirebbe mai, che si dovesse per un lieve utile o comodo permettere ciò, che dall'altro lato produrrebbe un danno incalcolabile ed irreparabile di modochè il sentimento dei Pratici, che insegnarono: ***Sufficit quælibet utilitas etsi levis vel voluptuaria ut excludatur æmulatio***, fu modificato dai pratici successivi, non meno che dalla

costante pratica di giudicare. E dei pratici ci fa fede il Cefalo nel Cons. 130 ove dice: *quando NIHIL VEL PARUM UTILITATIS percipitur ab œdificante ex œdificio, MAGNUM AUTEM DAMNUM RESULTAT VICINO, aemulatio prœsumitur*, Della pratica di giudicare, fa fede la *Decisione* 710 *della Rota Fiorentina* compresa nella raccolta delle Decisioni Rotali dal 1700 al 1808. — Ivi n. 26. —

« Quando quis in suo aliquid facit, TE-
« NUEM INDE PERCEPTURUS UTILITATEM, et
« alter MAGNUM RECEPTURUS EST DAMNUM,
« tunc idem est ac ædificare, ut vicino detrimentum
« afferatur. QUOD NON PERMITTITUR EA RA-
« TIONE, QUIA PARUM ET NIHIL EQUIPARAN-
« TUR. »

Condotta così a termine la trattazione intorno al tema della Emulazione, ci sembra utile e conveniente per il sistema, che ci siam proposti di seguire, di riepilogare i punti sostanziali della medesima, e disporli in forma di chiara ed evidente teoria.

TEORIA

DELLA EMULAZIONE

PRINCIPII DI DIRITTO	SORGENTI DA CUI DERIVANO
1. Ogni cittadino è padrone sul proprio suolo di edificare *usque ad Sydera* com'è padrone per la identità di ragione d'innalzare la propria casa, che sia stata per molto tempo depressa, fino al cielo, e ciò in conseguenza dei più sacri diritti di proprietà.	L. 8, § 3, D. Si Servit. vindicet. e L. 8, Cod. de Servit. et Aqua. — V. pure tutte le Autorità riferite al N. 1, della Teoria sulle Servitù.
2. Questo esercizio dei diritti di proprietà è menomato nel caso di una servitù legittimamente acquisita da un terzo cittadino, a cui favore siasi rinunziato di servirsi della cosa propria per certi determinati usi.	V. le medesime Autorità.
3. La Legge e la Giurisprudenza han posto una nuova limitazione allo esercizio effrenato dei diritti di proprietà; e questa nuova	V. le medesime Autorità.

limitazione consiste nella Emulazione.

4. La Emulazione è un pravo affetto dell' animo dell' agente, il quale col proporsi di fare una cosa non mira a procacciar il suo vantaggio, che suole essere il fine delle umane azioni, ma invece ad arrecare esclusivamente danno al vicino.

De Luca De Servitut. Disc. XIV, n. 4; e Disc. XLI, n. 6, Romussio De Novi Operis nunciat. Pars II, Art. 16, num. 9 et 12. Paulitio Dissert. Legal. Tom. 1, Dissert. 43, art. 3, cap. 4, quæst. 4, num. 5.

5. La Emulazione fu introdotta dalla Equità per temperare il rigore della Legge o supplire al suo silenzio.

L. 2, § Item Varus D. De Aq. Pluv. arcend.

6. La Equità non è una violazione della Legge nella subietta materia delle Servitù, perchè si diparte dalle massime medesime del Diritto; trovandosi ripetutamente nel Diritto Romano ammessa ed inculcata la Equità.

L. 1, D. De Just. et Jure. L. 26, § fin. C. Ex quib caus. major. XXV, ann. in int. rest. L. 85 e 183, D. De Regul. Jur. L. 8, Cod. De Judic. L. 2, § Item Varus D. De Aq. Pluv. arcend. Pecchio De Servit. Cap. 4, quæst. 4, num. 6. Menochio Cons. 45, num. 45. Novario Dec. 50. Mascardo Cons. 47, num. 59. Decio Consil. 244,

n. 5. Cardinal Tusco Pract. Conclus. 221, num. 25, litt. S. Rota Romana Dec. 31, n. 19, Par. 17, Rec. Rota Fiorentina Dec. 25, Agosto 1612: — 6 Giugno 1778: — 11 Settembre 1777 — e 7 Luglio 1835.

7. La Emulazione, essendo un pravo affetto dell'animo, ne conseguita essere di difficilissima prova non potendosi questa desumere con argomenti *a priori* ed *intuitivi*, non essendo dato all' uomo di scrutare il cuore umano; onde la valutazione della Emulazione è rimessa alla coscienza del Giudice, che la dovrà desumere dalle particolari circostanze del caso.

Pauluzio Dissertat. Legal. 23, Tom. 1, art. 3, cap. 4, quæst. 4, num. 5. Cardinal De Luca De Servitut. Disc. IV, num. 9 et 10.

8. Per regola generale la Emulazione come cosa incerta, e soprattutto odiosa giammai si presume.

Cardinal De Luca De Servitut. Disc. IV num. 13, 14, e 15. Seguitato da tutti i Giureconsulti.

9. Il punto di partenza pel giudice, che deve decidere, se nella specialità

L. 1, § 3. D. De Aq. pluv. arcenda Vegezio Cons. 53, num.

di un caso ricorre la Emulazione; è di esaminare se dalla nuova opera lo Edificante ritragga utilità o nò: e se lo Inibente risenta, danno gravissimo per la medesima: e se la ritragga, deve escludere la emulazione, non curato il danno del vicino; se poi dalla nuova opera lo edificante non è per risentire il più piccolo utile, e lo inibente al contrario è per essere colpito da gravissimo danno in tal caso la Emulazione si presume, e deve per essa interdirsi la nuova opera.

11, in fin. FACHINEO Cons. 34, num. 20, lib. 1. ANDREOLI controv. 295, num. 10. SABELLI Res. 15. SPERELLO Decis. 55, n. 26. CEFALO Cons. 130. GRAZIANO Disceptat. 475, num. 37. PAULUZIO Dissert. 23, art. 2, num. 76 e 77.

10. Per necessità di Giustizia questa norma procede sì al dirimpetto dello Edificante, che dello Inibente; perchè se di Emulazione è redarguibile lo Edificante, quando senza procacciare utile veruno a sè stesso, cagiona danno gravissimo al vicino, così lo Inibente è redarguibile di Emulazione, quando invece di mirare a sottrarsi a un danno, lo che minacci,

CARDINAL DE LUCA De Servitut. Disc. XIV, num. 4, e Disc. XLI, num. 6. — ROMUSSIO De Novi Operis Nunciat. Pars II, Art. 16, num. 9 et 12, e relat.

con lo inibire, intende con quest'arme a molestare, e frastornare, ed impedire lo Edificante nel legittimo esercizio dei propri diritti, ossia nella nuova opera.

11. È principio di diritto nella subietta materia, che il piccolissimo utile dell'Edificante o dell'Inibente reciprocamente di fronte al danno gravissimo dell'uno o dell'altro, non è sufficiente per escludere la Emulazione; giacchè il *poco* ed il *nulla* si stimano essere la medesima cosa, e ciò in deroga del principio generale, per cui statuivasi bastare anche un primordio di utilità per escludere la Emulazione.

L. 2, § Item Varus in fin. D. De Aq. pluv. arcend. e ROTA FIORENTINA Decisione 710 della Raccolta delle Decisioni Rotali dal 1700 al 1808; e relati. Decis. Rotale 7 Luglio 1835 nel Tom. 43 del Tes. del Foro Tosc.

12. Altra guida pel Giudice, ch'è chiamato a decidere, se siavi o no Emulazione così nello edificante, che nello inibente, quella è di aver riguardo alle persone; che val quanto dire, il giudice deve esaminare l'indole, il carattere, e le abitudini, così degli edificanti, come degli

ROTA ROMANA nella Dec. 348, n. 17, p. 17, e Dec. 69, num. 84, pars 18. Rec. — CARDINAL DE LUCA de Servit. Disc. IV, num. 9 e 10.

inibenti, cioè se siano uomini di spirito turbolento, amanti di litigi, o se siavi stata inimistà, od altra cagione di rancore da far supporre, che sieno animati da Emulazione, o simili.

13. E come il Giudice deve avere riguardo alle persone, così deve avere riguardo ancora alla qualità degli edifizi, rapporto a' quali è nata contestazione per giudicare dalla situazione e distribuzione delle loro parti, se siavi luogo a sospettare della emulazione; e siccome in tale esame giova più l'occhio artistico, che la dottrina del giudice, così il comune sentimento de' Dottori insegna quale espediente di ordinare una Perizia, e stare al parere de' periti, quando il giudice lo trovi plausibile.

Cefalo Cons. 130. Pauluzio Dissert. Legal. tom. 1, Dissertat. 21, num. 111 e 112.

Se ricorra ne' termini del caso presente la Emulazione.

Dopo di aver dimostrato in che consista la Emulazione, fin dove si estendano le massime della Equità, e che la Emulazione procede così dirimpetto allo Edificante, che allo Inibente è necessario per ultimo dimostrare, se questa Emulazione si verifichi nel caso concreto. E dimostrerò, che questa non ricorre per lo Edificante sig. Gaetano Trebbi, mentre in modo palpabile si verifica nel sig. Giovacchino Caruana.

Non ricorre la Emulazione nel sig. Gaetano Trebbi: e per dimostrarlo nulla è di più facile riuscita.

In suo alicui hactenus facere licet: tale è il principio generico di diritto, che consacra la facoltà di fare sul proprio suolo ciò, che più gli pare e piace. La Emulazione non si presume, ammestra il Cardinal De Luca; ed è soltanto dietro lo esame attento ed accurato delle specialità del caso, che il Giudice può discendere ad ammetterla. Il giudice deve esaminare sì le persone, fra le quali è sorta la disputa; sì i luoghi, che ne sono il subietto materiale; e poichè la ispezione de' luoghi è ufficio meglio dell' uomo dell' arte, che del giureconsulto, così la pratica giurisprudenza ha costantemente consigliato di diferire il giudizio di quest' ultimo subietto ai periti. Ecco in poche parole riepilogato ciò, che con maggiore diffusione fu esposto nel § precedente.

Nel caso presente una perizia fu ordinata dal Tribunale di Prima Istanza, ed eseguita dallo Ingegnere sig. Antonio Adreani (1); e di questa svolgeremo a suo tempo il tenore.

La Emulazione adunque non si verifica nel sig. Gaetano Trebbi:

1. Per le specialità del caso.

2. Per un complesso di fatti, che addimostrano il carattere e le abitudini del sig. Gaetano Trebbi.

3. Per la esistenza del danno gravissimo, che la sua nuova opera risentirebbe per la inibizione delle aperte finestre; le quali per conseguenza erano preordinate dallo edificante ad allontanare questo gravissimo danno.

1. Descrissi altrove la parte materiale del fondo, che il sig. Trebbi acquistò dal sig. Giovanni Rafanelli il 28 Agosto 1851: dalla qual descrizione risultò lo stato lurido e squallido, che avevano le due casette di antica appartenenza commendale; e dissi pure, come il sig. Giuseppe Rafanelli autore di Giovanni le riducesse ad un solo e decente fabbricato. — Dissi ancora, qual fu la idea, che sospinse il sig. Gaetano Trebbi fino da' primi momenti del suo ac-

(1) Reputo dovere di coscienza confermare quello elogio di non comune abilità, che io feci nelle varie mie Consultazioni pubblicate ne' diversi giudizi avuti in questa Causa al perito giudiciale. Il sig. Dottore Antonio Adreani riunisce tre cose, delle quali almeno le ultime due non sono troppo comuni a tutti coloro, che come il sig. Adreani professano l'Ingegneria. E queste sono: *abilità, prestezza nel lavoro,* e *discretezza* nello esigere il prezzo delle loro nobili fatiche.

quisto a superedificare: nè solo superedificò allo stanzone, ma aggiunse un vaghissimo piano anche al corpo di fabbrica, corrispondente sulla *Via Borgo Corbolini*: cosicchè oggi lo stabile Trebbi è uno de' più cospicui fabbricati di quella via. La quale avvertenza, quantunque estranea alla quistione presente, ho voluto fare, perchè si conoscesse una pur troppo fatale fra le passioni predominanti del mio cliente, la passione cioè del fabbricare, e che il nostro popolo col suo linguaggio triviale, per altro espressivo per eccellenza chiamò la *voglia del calcinaccio*, e che pur troppo fa sovente al proprietario lo stesso effetto, che agli animali, i quali sono attaccati dal morbo di ugual nome, li fa cioè morire di consunzione. La idea pertanto, che consigliò al sig. Trebbi la superedificazione sullo stanzone, fu quella di impiegare utilmente i suoi capitali, fu la idea del *tornaconto* particolare. E la superedificazione insiememente agli altri lavori eseguiti nello stabile di fresco acquisto, ascesero alla cospicua somma di SCUDI TREMILA; spesa rilevantissima, perchè a tanto poteva ascendere piccola ma decente abitazione, che si volesse costruire dal fondamento; spesa che, senza precisarne la cifra, fu considerata per rilevantissima nella Perizia Giudiciale de' 27 Agosto 1852. — Ora se la Emulazione non è a presumersi; e se soltanto per le specialissime circostanze del caso potrà questa presunzione ammettersi come eliminarsi, si domanderà, s'è mai presumibile, che un proprietario faccia getto di una somma

di 3000 Scudi per fare atto semplicemente emulativo, anzichè per la veduta di procacciarsi una utilità dalla nuova opera?

2. Il sig. Gaetano Trebbi, mio cliente, è di abitudini quiete e pacifiche; lo dissi nei varii stadii della quistione; lo ripeto qui. E come non osò il sig. avversario impugnarlo, menochè languidamente nel Giudizio di Appello innanzi alla Corte Regia di Firenze, così non temo menomamente, che sia per farlo adesso. Tuttavia ne riferirò le prove.

Il sig. Gaetano Trebbi era uomo di tenuissime sostanze: dovè l'agiata sua presente condizione all'amore del lavoro, alla frugalità della vita, alla sua ripugnanza al lusso ed ai piaceri. Condottosi in Ispagna con la sua famiglia, ed aperto colà un traffico di cappelli di paglia, favorito dalla veruna concorrenza, che questo genere di manifattura forestiera esercitava nel Regno, mercè il sistema *protezionista* e i gravissimi dazi, potè con la indefessa applicazione di 25 anni, accumulare ragguardevoli sostanze, le quali volle recarsi a godere in Toscana, ov'ei le aveva assicurate tutte in beni stabili.

Fino dal momento, che acquistò lo stabile contiguo a quello del signore Giovacchino Caruana, e che fu posto mano alla superedificazione, il sig. avversario, come consta dal silenzio da esso mantenuto di fronte a quest'accusa lanciatagli così nel Giudizio di prima, come in quello di seconda Istanza), il sig. avversario, dico, mostrava l'animo più ostile a segno, che

ogni giorno ripetevansi millanterie a carico del sig. Trebbi, al quale l'arrischiato vicino protestava, voler presto in una lite consumare i proprii averi; delle quali voci turbavasi assaissimo il sig. Trebbi, che si determinò a trovare la via di uscire da tale impaccio. — E nella sua determinazione sta la prova più limpida, che si possa desiderare, essere stato lo animo di lui scevro da qualunque primordio di Emulazione. — Il sig. Trebbi pertanto fece invito al sig. Giovacchino Caruana a voler esporre i motivi, che lo inducevano a tanta ostilità; a conciliare amichevolmente la differenza, ed a mandare il suo ingegnere sulla nuova fabbrica, affinchè ne vedesse la distribuzione, ed accennasse per qual lato recava offesa ai vantati diritti. Il sig. Giovacchino Caruana acconsentiva a mandare lo ingegnere, ma dichiarava non volere menomamente spendere; onde il sig. Gaetano Trebbi, sempre compiacente, e più liberale dell'opulento suo vicino, dichiarava venisse pure francamente il sig. Giovanni Malesci ingegnere nello interesse del sig. Caruana, che il diritto di *gita* sarebbe stato da lui sodisfatto; e poichè l'opulento ed avaro vicino non si fidava della parola dell'uomo onesto, e voleva che questa obbligazione assuntasi dal sig. Trebbi constasse in iscritto, così dal sig. Trebbi fu inviato al sig. Caruana il seguente biglietto:

« Stimatissimo Signore,

« Conforme è stato fissato col mio Inge-
« gnere Ferrante Rossi, io autorizzo V. S., onde

« si faccia rappresentare da altro Ingegnere di
« sua fiducia, il quale esamini tutto quanto io
« mi propongo di fare al mio *Stabile* contiguo
« a quello di sua proprietà; e quindi in unione
« al mio dilucidino e schiariscano tutti i dubbii,
« che a V. S. sono nati per la superedifica-
« zione che mi sono proposto di fare sul tergo
« del detto mio stabile, obbligandomi del pro-
« prio di sopportare le spese, che occorreran-
« no per la visita dello ingegnere da V. S. no-
« minato.

« Frattanto pieno di stima e di rispetto
« ho l'onore di segnarmi.

« *Suo Devot. Servitore*
« Gaetano Trebbi. »

Tacerò, che la visita ebbe luogo per parte del sig. Malesci; tacerò che veruno ne fu il risultato finale; tacerò tanti altri particolari, non confacenti al subietto. Ma quel che non tacerò, è la conseguenza, che si deve trarre da questo biglietto, in rapporto alla Emulazione. Che volevasi di più da un uomo, che si sottopone alle esigenze e soverchierie altrui a segno d'invitare il vicino ad esaminare tutto l'andamento della fabbrica? da un uomo che dischiude il suo edifizio al Sig. Caruana, quasichè *questi fosse un giudice destinato all'accesso*? da un uomo, che per giunta, pur di venire ad un abboccamento, ad una soluzione pacifica, si sottopone a pagar con la propria borsa l'ingegnere dell'avversario? Se il Sig. Trebbi fosse stato animato da

Emulazione, non avrebbe palesato i suoi lavori: non avrebbe fatto atto di sommissione all'avversario: ma risolutamente avrebbe battuto la sua strada, ed intrepidamente continuato l'opera sua fino a che non gli si fosse interdetta con una inibitoria.

Ma perchè non si pervenne ad un accomodamento?, esclamerà taluno? — *A che giovò la visita degl' ingegneri?* —

Il Sig. Giovacchino Caruana erasi omai ostinato a non voler permettere l'apertura di finestre corrispondenti sul proprio orto. Tutto avrebbe concesso fuorchè *finestre:* e questa sua volontà era *imperativa;* non ammetteva *compensazione;* non era subordinata nemmanco ad una *indennità.* — Non ostante i due ingegneri immaginarono di potere conciliare la vertenza, mediante una variazione da darsi al sistema della superedificazione: cioè, proposero di non occupare tutta l'area dello stanzone, ma solo di quella, che sarebbe rimasta semplicemente una parte: *area*, proposero farsene una terrazza assai discosta dalla estremità del muro tergale: e poichè non rimanesse oscura qualche stanza, proposero di aprire una finestra all'estremità del muro laterale esso pure corrispondente sullo orto sottostante. (1).

Non si seppe, se il Sig. Caruana approvasse questo *progetto*: ma è da supporsi che no. E ciò perchè in primo luogo non giovava gran

(1) Tavola I esistente in processo, ed annessa alla presente Consultazione.

fatto alle sue vedute; in fatti nella ipotesi che le due inibite finestre nel muro tergale fossero aperte, è certo che la più gran parte dell' orto Caruana ne sarebbe dominato: nè in questo assoggettamento al prospetto il Sig. Caruana avrebbe risentito danno veruno, tranne quello immaginario formatosi nella sua fantasia, come in appresso dimostrerò. Mentre, costruendo la terrazza, e soprattutto permettendo l' apertura della finestra laterale, tra per questa e la terrazza, l' orto sarebbe stato ugualmente assoggettato quasi allo stesso prospetto (1); e per di più dalla finestra laterale sarebbesi esercitato un introspetto nell' abitazione del Sig. Caruana. — In secondo luogo, perchè, se fosse stato un *patto*, una *convenzione* da doversi osservare dalle parti, gl' Ingegneri sarebbero stati muniti di *Mandato*; mentre non ne avevano nessuno; giacchè, per tacere del Sig. Malesci ingegnere del Sig. Caruana, è certo che il Sig. Ferrante Rossi non ne aveva alcuno; e d' altronde il biglietto riferito non era un *Mandato* per comporre la vertenza, ma semplicemente un *incarico di schiarire e dilucidare i dubbii insorti* nell' animo del Sig. Caruana. — In terzo luogo infine, perchè il Sig. Caruana tacque del tutto questo fatto; e non fu che dopo la mala prova fatta innanzi al Tribunale di Prima Istanza, ch' egli l' allegò, quasi per rimproverare al Sig. Trebbi di avere violato un *Contratto*.

(1) V. Tavola I e II esistente in processo, ed annessa similmente a questa Consultazione.

3. Finalmente le risultanze della Perizia Giudiciale de' 27 Agosto 1852 ridondano esse pure ad escludere luminosamente la Emulazione nel Sig. Gaetano Trebbi.

Fra le varie istruzioni date al Perito Giudiciale dal Tribunale di Prima Istanza quella vi fu: *di riferire se la nuova fabbrica del Sig. Gaetano Trebbi avesse potuto così diversamente costruirsi da evitare senza danno del superedificante l' apertura di finestre, che dominassero l' orto Caruana* (1).

Ed il prelodato Sig. Dottore Antonio Adreani così rispondeva alla istruzione ricevuta (2).

«. *È cosa molto difficile, e quasi direi im-*
« *possibile il dimostrare, che il Sig. Gaetano*
« *Trebbi, valendosi dell' area e delle costruzioni*
« *che gli offerivano i vecchi locali compresi in*
« *J. K. U. H. G. F.* (*Tav. III, fig.* 1), *potesse*
« *ai medesimi superedificare il secondo piano*
« *T' K' G' F'* (*Fig. II*), *astenendosi di aprire le*
« *finestre L' M', che guardano l' orto del sig.*
« *Caruana senza recare alla disposizione dei*
« *locali e al pregio dei medesimi, ed alla econo-*
« *mia un danno reale e grave.* — Nè il mio
« dire ha bisogno di dimostrazione. Avendo il
« Sig. Trebbi nella porzione tergale F' L' del
« suo stabile a ridosso la fabbrichetta Caruana
« R. T. H. O. (*Tav. III, fig.* 3), egli temendo
« il rialzamento della medesima; ed in conse-
« guenza l' oscurazione delle finestre, che vi

(1) V. Perizia Giudiciale dei 27 Agosto 1852 num. 4.
(2) V. Perizia summentovata Tit. III num. 55 e 56.

« avesse aperte, è ricorso a compensi, che, sebbene ingegnosi, sarebbe stato desiderabile di
« non praticare al possibile. Infatti l'arcova di
« N. I, (*Tav. II, fig.* 2) prende scarsa luce da
« una piccola finestra situata presso l'angolo
« *i* all'altezza di Braccia cinque dal pavimento.
« Per aumentare luce e ventilazione all'arcova
« medesima, e per illuminare le stanze di N. 2,
« e di N. 3, è stata creata la corticella pensile di n. 4, ed in conseguenza le due stanze
« sono risultate di meschine dimensioni, ed è
« stato necessario cuoprire in volta il locale
« sottoposto, commettendo non lieve spesa.

« *Ciò posto, non si può dubitare, che inconvenienti presso a poco uguali deriverebbero all' altra parte della fabbrica, ove sono*
« *state aperte le due finestre in quistione; perchè, sebbene senza di questa, come in seguito*
« *sarà detto, si potessero illuminare le stanze*
« *di N.* 5 *e* 6, *ne sarebbe però derivata una*
« *diminuzione di luce molto sensibile, ed anche*
« *un ristagnamento di aria, ed in conseguenza*
« *poca ventilazione, perchè in qualunque sistema*
« *sarebbe* stato sempre indispensabile ricorrere
« ad una Corticella di non grandi dimensioni
« (altro non permettendo la ristretta località);
« della quale i benefizi della luce e della pura
« e libera ventilazione sarebbero sempre ristretti a quanto potrebbe concedere questo
« mezzo di fronte a quelli, che si ottengono
« dalle due finestre L' e M', che oltre a servire di veicolo a grandi fasci di raggi luminosi è alla libera e pura circolazione del-

« l'aria, offrono ancora il vantaggio tanto utile
« e desiderato ne' fondi urbani della veduta cioè
« e del godimento della vegetazione campestre.
« NON ESITO PERTANTO A RIPETERE, CHE LA
« MANCANZA DELLE FINESTRE IN QUISTIONE POR-
« TEREBBE ALLO STABILE TREBBI UN DANNO GRAVE
« ASSAI. »

Cosicchè rimane provato ad esuberanza, che non si può proporre Emulazione contro il Sig. Gaetano Trebbi, risultando della utilità da esso propostasi con la superedificazione; risultando del di lui carattere conciliativo e pacifico; e risultando finalmente del fatto, ch'era impossibile il fabbricare utilmente senza aprir le due finestre, dalle quali è nata la lite presente.

Ma per lo contrario tutto concorre a provare la Emulazione nel Sig. Giovacchino Caruana, comecchè sia facile a porre in luce, che con la Inibitoria non ha mirato a sottrarre il suo fondo da un danno grave e reale che lo minacciasse, ma invece a molestare nel legittimo esercizio dei suoi diritti un vicino quieto ed inoffensivo. —

Ora che l'orto sottostante non ricevesse e non riceva danno veruno dall'apertura delle inibite finestre concorrono a provarlo.

1. La qualità del fondo rustico, che ha l'orto medesimo; e, quel ch'è più, fondo rustico affittato ad un ortolano; circostanze ch'escludono la presunzione di quel valore inestimabile derivante dall'affezione del proprietario.

2. Il fatto, che quest'orto è dominato da moltissime altre finestre e balconi immediati,

finestre e balconi ch'esercitano un prospetto anche più lato di quello delle finestre aparte nello stabile Trebbi.

3. La Emulazione si prova oltre a ciò per la circostanza della *Pianta* proposta dai due Ingegneri, proposta che dalla confessione dell'avversario medesimo riceve forza a dirimpetto del Sig. Caruana di vera convenzione.

4. Infine si prova la Emulazione per il carattere notoriamente inchinevole alle liti del Sig. Caruana.

Dimostro tutti questi punti. —

1. I Giureconsulti Romani nel tema delle *cose* facevano una capitalissima distinzione in *cose* cioè *urbane*, ed in cose *rustiche*. Così i fondi propriamente detti andavano sottoposti a questa classificazione: le suppellettili ugualmente: i servi (che dal diritto Romano, e per la esistenza della schiavitù si consideravano come *cose*) del pari si distinguevano in *rustici* ed *urbani*. — Per la indole del diritto romano e per i bisogni della società romana non poteva a meno di procedersi a tale divisione, giacchè importava sommamente alla esecuzione dei testamenti ed alla sodisfazione dei legati. Un testatore lasciava a due diversi eredi o legatarii, il fondo rustico all'uno; il fondo urbano all'altro; oppure le suppellettili ed i servi rustici al primo; le suppellettili ed i servi urbani al secondo; era mestieri conoscere con la chiarezza più grande, quali fossero veramente fondo, suppellettili e servi rustici, e quali fossero fondo, e suppellettili e servi urbani. Probabilmente sui primi tempi avevano

dovuto accadere quistioni di molta importanza, ed i giureconsulti romani emettere i loro voti: di qui il motivo, che pel diritto Romano le distinzioni summentovate vedonsi fatte con gran chiarezza in più e varie leggi, nelle quali si trova sovente ripetuto il medesimo principio.

I Giureconsulti Romani cominciarono dal porre nella categoria di fondi urbani tutti quegli edifizi, che situati in città o situati in campagna servivano alla abitazione degli uomini: posero nella categoria de' fondi rustici tutti gli altri, che, o situati in città o in campagna, si tenevano all' oggetto di raccogliere i frutti. Dopo di che si stabilì il principio generale, che la natura dei fondi doveva determinarsi non dal luogo, dove questi fondi medesimi erano situati, ma dalla loro qualità speciale, e dall' uso cui erano rivolti. Similmente i servi erano assoggettati alle medesime norme per classificarli fra gli urbani e fra i rustici: e come i fondi erano rustici ed urbani, non per il luogo ov' essi si ritrovavano, ma per la qualità e per l'uso loro, così i servi erano denominati rustici ed urbani secondo la natura e qualità delle occupazioni, nelle quali erano impiegati dal loro padrone: quindi se un servo, comunque residente in città, veniva adoprato in ingerenze relative ad amministrazione di fondi rustici, era rustico e non urbano, e viceversa. — E questa *qualità speciale*, ch'era il vero criterio per rettamente distinguere i fondi ed i servi rustici dagli urbani, era riputata di tal momento, che in quasi tutte le leggi o principalmente od incidental-

mente viene espressa, quasichè si temesse di non essere abbastanza chiari. Così finalmente la suppellettile veniva denominata *urbana*, ancorchè fosse in campagna, quando era rivolta *ad usum urbanum*, e *rustica*, quando si rivolgeva ad uso non urbano. —

Esposti questi principii sostanziali, stimo necessario per dileguare perfino l'ombra del dubbio riferire le Leggi Testuali, dalle quali quei principii si desumono. Eccole nella loro integrità:

« *L.* 1. *D. Communia Prædiorum etc.* — Ædificia urbana quidem prædia appellamus; cœterum etsi in villa ædificia sunt, æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt.

« *L.* 166. *D. De Verbor. Significat.* — Urbana familia et rustica non loco, sed genere distinguitur: potest enim aliquis dispensator non esse servorum urbanorum numero, velus is, qui rusticarum rerum rationes dispenset, ibique habitet, non multum abest a villico: insularius autem urbanorum numero est; videndus tamen est, ipse dominus quorum loco quemque habuerit: quod ex numero familiæ et vicariis apparebit.

« *L.* 198. *D. De verbor. signif.* — Urbana prædia omnia ædificia accipimus non solum ea, quæ sunt in oppidis, sed etsi forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis: vel si prætoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum prædium non locus facit, sed materia.

« *L.* 12. *D. De Supellect. leg.* — Quemadmodum urbanus servus et rusticus non loco, sed genere usus, ita urbana penus et supellex ad usum urbanum, non ad locum urbanum aut peregrinum dirigenda est, multumque interest, penus et supellex ea, quæ in urbe sit, an urbana legetur vel promittatur.

La qual distinzione delle cose in *rustiche* ed *urbane* desunta non dal luogo di loro materiale situazione, ma dall'uso, cui il Padre di Famiglia le ha specialmente destinate, forse da niun commentatore fu così bene illustrata e spiegata quanto dal Cujacio, il quale ha insistito sopra la necessità di fare grandissima attenzione alla destinazione delle cose stesse, affinchè si possano distribuire nella categoria che loro conviene (Comment. in Tit. XVI, Lib. L. De Verb. Significat.) — Ivi — « Cum legatur *urbana familia,* non spectatur locus, sed genus usus operisque et familiæ qualitas. Ideo ex hoc legato non tantum debentur servi, qui in urbe sunt, sed et qui extra urbem sunt, si modo usui et ministerio urbano destinati sint; et ita fit, ut *dispensator,* qui et œconomus dicitur, quoquo loco habitet, modo habeatur pro urbano mancipio, modo pro rustico. *Dispensator* est mancipii urbani loco, si tractet omnes rationes urbanas, etsi versetur ruri aliquandiu. Contra dispensator est rusticorum servorum numero, si rationes rerum rusticarum dispenset et conficiat, ibique habitet. Inquit *ibi,* id est, ruri: quod ita accipiendum est, si ibi plerumque habitet, etiamsi testamenti facti tempore ibi non

fuerit, sed in urbe, vel potius legendum est, *ubique habitet*, id est ubicumque habitet. Alioqui haberetur ratio loci et habitationis, quod initio negavi, et dixi, urbanam familiam non æstimari ex loco, sed ex ministerio et qualitate operis vel usus. Ergo dispensator est servus rusticus, si tractet rationes rerum rusticarum ubique habitet, id est ubicumque *L. in Lege de Contr. empt* . . . . Quod dictum est de dispensatore, idem in *L. servis urbanis de Legat. III.* proditum est de venatoribus et aucupibus servis: hi alias rustici sunt; alias urbani. Si dominus moretur in urbe, et ibi eos alat, mittatque venatum usus sui causa, urbanorum servorum loco sunt: e contra, si ruri, rusticorum, non tam spectato loco, quam usu et consuetudine patrisfamilias. »

Premessa questa capitale distinzione, conviene adesso discendere ad esaminare, se un *orto* situato in città possa essere fondo rustico, o se posto in campagna possa riputarsi fondo urbano. Ed anche su questo proposito abbiamo nel testo la massima chiarezza.

Però giova innanzi avvertire al significato grammaticale della parola *orto.* Presso di noi, per il significato della nostra lingua volgare, *orto* differisce sommamente da *giardino:* presso di noi la parola *orto* esprime un appezzamento di terra tenuto a coltura di erbe profittevoli pel cibo, senzachè per questa cultura si escluda quella pure de' fiori: ma la cultura dominante e principale è quella di *erbaggi* pel vitto. — *Giardino* esprime l'idea inversa, di luogo cioè, dove non si custodiscono che fiori ed altre piante

di amenità. — Nella Lingua Latina la cosa procedeva diversamente; perchè per esprimere il *giardino* aveasi la parola tutta propria di *viridarium;* ma l' altra voce *hortus* esprimeva indistintamente l' idea di *orto* nel senso grammaticale corrispondente alla nostra lingua volgare, ed al tempo stesso l' idea di *giardino* presa similmente nel valore della parola, che noi le attribuiamo. Ha di più la lingua latina l' altra caratteristica, che *hortus* (adoperato nel numero singolare) si adopra quasi sempre per esprimere la idea corrispondente alla nostra parola *orto*: mentre adoprata in plurale *horti*, non assolutamente, ma relativamente esprimeva l' idea di giardini, quindi i celebri *horti Salustiani, Serviliani, Mœcenatis, Cœsaris*, etc. In sostanza: *Viridarium* esprime *giardino; hortus, orto tenuto a cultura utile; horti, indistintamente orti e giardini.* — *Viridarium*, era il luogo di delizie, e così chiamavasi dal lussureggiare delle praterie, dei boschi artificiali, delle cascate di acqua, presso a poco come sarebbero i *parchi*, ove si tenevano per adornamento pavoni ed altri animali di pregio. Leggesi in Svetonio nella vita di Tiberio (cap. 60): *Militem prœtorianum, ob surreptum e viridario pavonem, capite punivit. Viridaria* erano ciò, che costituivano luoghi assolutamente di amenità e di voluttà. Qual sia luogo di voluttà si rileva dalla *L.* 79, *D. De Verb. Significat.*, nella quale il giureconsulto Paolo definisce con una chiarezza ammirabile le spese voluttarie. *Voluptuariœ sunt, quœ speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent, ut sunt*

viridia et aquae salientes, incrustationes, lorica-tiones, picturae.

Or dunque l'orto quando è fondo rustico e quando urbano? Ce lo insegna il giureconsulto Ulpiano nella *L.* 198. *D. De Verbor. significat.*; nella quale si distingue l'orto considerato come accessorio di un fondo urbano da quello, che non lo è: se l'orto forma l'accessorio del fondo urbano, si considera pur esso come urbano. *Prohinde hortos quoque, si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum sit urbanorum appellatione contineri.*

Ed è qui da avvertirsi, che Ulpiano adoprò la parola *hortos*, non *hortum*: ora è stato di sopra accennato, che tal vocabolo usato nel numero del più, esprime indistintamente la idea di *giardini* e di *orti*, ma Ulpiano intese di esprimere con quella parola la idea di *giardini*, anzichè quella di orti tenuti a cultura utile. Ed è ciò tanto vero, che subito, stabilito il principio, che gli *orti*, considerati come accessorii dei fondi urbani, assumono la medesima natura di urbani, il medesimo giureconsulto procede ad una suddistinzione, che limita questo principio generale; cioè: o l'orto si tiene per ragione di profitto e fornisce un utile considerevole, mediante i prodotti che se ne ritraggono, ed in tal caso l'orto stesso, quantunque accessorio del fondo urbano, si considera come rustico: — se poi la cosa procede al contrario, ha luogo la massima superiormente stabilita, per la quale si considera fondo urbano. *Plane si plurimum horti in redditu sunt, vinearii*

forte, vel etiam olitorii, magis hæc non sunt urbana.

La rendita adunque, ossia l'utile, che se ne percipe, è la norma per decidere, se un orto, comunque situato in città, ed accessorio di un fondo urbano, debba riguardarsi fondo rustico od urbano. Il Giureconsulto Ulpiano accenna dimostrativamente, e solo per maggior chiarezza del principio, ch'egli fissava, il genere di cultura, dalla quale si poteva ritrarre l'utile o la rendita capaci a far mutare natura e qualità all'orto: *vinearii forte vel etiam olitorii.*

Alcuni trattatisti hanno dato alla parola *olitorii* il significato di produttivi di olio facendo derivare la parola *olitorii* da *olivis* (ulivi od ulive); ma sono riprovati comunemente in questa loro intelligenza, perchè la etimologia della voce *olitorii* viene da *oleribus*; la quale ha due significati grammaticalmente parlando; l'uno speciale, l'altro generale. Il significato speciale è d'indicare quella famiglia di piante, che si chiama *cavolo*: mentre il significato generale indica collettivamente ogni genere di erbaggi utili al vitto ed al sostentamento. La qual cosa è tanto vera, che in Roma era il *Forum Olitorium*, di cui spiega la etimologia Varrone nel *Lib. I, De Lingua latina* insegnando, che *forum* indica genericamente qualunque luogo, dove si esponevano in vendita gli oggetti, e *forum olitorium* quello, ove si esponevano a mostra e si vendevano gli erbaggi: *Et quæ vendere vellent quoque ferrent, forum appellarunt: ubi quod generatim additum ab eo cognomen, ut... forum*

olitorium, ubi olerum copia. — Cosicchè in conclusione *forum olitorum* corrisponde al nostro *mercato di erbaggi.* Il Giureconsulto Ulpiano, nel dare un esempio del genere di cultura capace a somministrare una rendita ragguardevole, aggiunge alla parola *vinearii forte,* l'altra *etiam olitorii.*

E bene a ragione, perchè ognuno conosce per la quotidiana esperienza, qual maggiore profitto non somministri un angusto spazio di terra, situato entro la città o ne' suoi sobborghi, tenuto a cultura di erbaggi in confronto di qualunque altra coltivazione speciale.

E dietro al Testo sono andati tutti i Commentatori, dei quali mi limiterò a riferire alcuni, dando la preferenza ai più classici.

Il Cujacio nel commento appunto alla *L.* 198, *D. De Verbor. Significat.* brevemente, ma con ammirabile chiarezza spiega la distinzione degli orti talora annoverati fra i fondi rustici, tal'altra tra gli urbani. (Comment. in Tit. XVI, Lib. L. D. De Verb. Significat.) — Ivi — « Contra vero HORTI, licet in urbe sint, SI PLURIMUM, id est FREQUENTISSIME, CONSISTANT IN REDDITU, ut horti vinearii vel olitorii, adnumerantur prædiis rusticis, quamvis sint in urbe, quia locum non spectamus, sed qualitatem, et genus utendi prædium: ALII AUTEM HORTI, QUI VOLUPTATI TANTUM DESERVIUNT, urbanis prædiis adnumerantur, qui fructui et redditui non deserviunt, etiamsi sint in villa. »

Il Cœpolla segue in tutto il Cujacio, menochè cade nel madornale errore di interpetrare

la parola *olitorii* per *oliveta*; errore per altro, che non nuoce alla chiarezza ed alla verità della teoria. (De Servitutib. cap. 11.) « Quid de orto? Dic: SI PLURIMUM IN REDDITU EST, puta quia in eo sunt vites, oliveta, vel in eo seminatur frumentum, vel nascuntur fructus venales, ET TUNC DICITUR RUSTICUM PROEDIUM, ETIAMSI SIT IN CIVITATE; secus si esset, sicut est viridarium, et fructus non venduntur, ut probatur in d. L. Urbana prædia D. De Verbor significat. »

Resta ora, per esaurire l'argomento, ad esaminarsi la quistione, se la casa colonica sia elemento necessario a caratterizzare un fondo rustico e farlo distinguere da uno urbano: in sostanza devesi vedere, se quel fondo, il quale non abbia il corredo della casa colonica, debba escludersi dalla classe dei rustici, quando ricorrano tutte le altre condizioni per riporlo in quella categoria, e metterlo invece in quella dei fondi urbani.

La quistione mi sembra non presentare tal difficoltà da dover molto sudare a risolverla. Ulpiano nella *L. 198 D. De Verbor. Significat.* ci dice, che talvolta gli orti si possono considerare come gli accessorii di un predio urbano; ed in tal caso debbono essi pure ritenersi come predii urbani, perchè l'accessorio segue la indole e la natura del principale, Ma il giureconsulto medesimo scende dipoi a stabilire la massima contraria, ammaestrando, che se gli orti sono tali, che da essi si percipa un utile, come sarebbero gli orti tenuti a vigna od a cultura di erbaggi, in tal

caso non si potrebbero altrimenti considerare come predii urbani, ma come rustici. *Plane si plurimum horti in redditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis hæc non sunt urbana.* Dunque il genere della cultura e la utilità pecuniaria, che si percipe dal fondo, sono le uniche norme per distinguere un fondo urbano da uno rustico: e se Ulpiano, dopo avere stabilito la massima, che gli orti, considerati come accessorii di un predio urbano, si devono ritenere come fondi urbani, discende a stabilire l'altro principio, che quegli orti, che frequentemente, ossia spessissime volte, danno al proprietario mediante la loro cultura una rendita, debbono considerarsi, come rustici, si può legittimamente inferire, che gli orti tutti anche sieno accessorii di un predio urbano, si dovranno tuttavia ritenere come fondi rustici, quando, invece di servire a scopo di voluttà e di delizie, sono diretti a conseguire uno scopo di utilità materiale. La esistenza pertanto della casa colonica non è requisito necessario a caratterizzare un fondo.

Ma non è per la sola *L.* 189 *D. De Verbor. signific.*, che si esclude la necessità della casa colonica per distinguere un fondo rustico da uno urbano. Il diritto Romano conosceva pure una certa specie di luoghi, i quali erano rustici, e che appunto perchè in essi mancava qualunque edifizio, formavano una categoria da sè, conosciuta sotto il nome di *Loci*: *Locus* nel linguaggio del diritto Romano appunto differiva da *Fundus*; perchè quello era quantità di suolo coltivato senza corredo di veruno edifizio; men-

tre questo era podere, per dir così, con tutto il necessario di casa colonica, stalla ec. E che tale sia la verità, lo prova la *L.* 60. *D. De Verbor. Significat.* — « Locus est non fundus, « sed portio aliqua fundi: fundus autem inte- « grum aliquid est: ET PLERUMQUE SINE VILLA « LOCUM ACCIPIMUS. « — Lo prova pure la *L.* 211. *D. Eod.* — « LOCUS VERO SINE ÆDIFI- « CIO IN URBE, AREA: RURE AUTEM, AGER AP- « PELLATUR. IDEMQUE AGER CUM ÆDIFICIO FUN- « DUS DICITUR. »

Quantunque le riferite leggi siano chiare di per sè medesime, giova tuttavia vedere a maggior chiarezza, come le spiegasse il Cujacio nei *Commentarii* (in Tit. XVI, Lib. L. D. De Verbor Significat.). Ecco le parole di quel sommo Giureconsulto. — Ivi alla *L.* 50. *Litt. D.* — « Veterum liquet differentiam esse inter *fun-* « *dum* et *locum*. Differentia in hac lege expli- « catur: FUNDUS EST CUM VILLA, NEC EST SINE « ÆDIFICIO: villa est pars fundi: locus POTEST « ESSE SINE VILLA: fundus est totum quiddam. »

La cosa è adunque evidente: un fondo che ai termini della *L.* 198. *D. De Verb. Signif.* deve considerarsi come rustico per la natura della sua coltivazione, non cessa di essere tale per la mancanza in esso della casa colonica. — Io non credo, che si possa muovere dubbio sulla parola *villa*, e negarle il significato di *casa colonica* per attribuirle l'altro di *casa di amenità* precisamente come per la nostra lingua volgare suona la parola *villa.* Se pure si potesse muovere questo dubbio, facile riuscirebbe dileguar-

lo, perchè nella lingua latina e nel linguaggio specialmente del diritto romano, *villa* non altro significa, che casa colonica, che serve esclusivamente agli usi ed ai bisogni dell'agricoltura. Che tale sia il valore della parola *villa* nella lingua latina, ce lo attesta Varrone (De Lingua Latina lib. IV), che così si esprime: *Quo fructus convehebant, villa:* ce lo attesta Columella (*De Re Rustica, lib. I, cap.* 6.), il quale si diffonde a discorrere del modo e dello scompartimento da darsi alla casa di campagna, affinchè potesse giovare ai moltiplici e svariati interessi dell'agricoltura. — Che tale sia il linguaggio del diritto Romano, ci fa fede la *L.* 211. *D. De Verbor. Signif.* — « Fundi appellatione omne ædificium et omnis ager continetur: sed in usu URBANA ÆDIFICIA, ÆDES: RUSTICA, VILLÆ DICUNTUR. »

E nemmeno si potrebbe obiettare, che una estensione di terreno situato in città non si possa chiamare con lo appellativo *Locus*, perchè il testo medesimo dice doversi chiamare *area;* come ne attesta la *L.* 211. *D. De Verb. Signif. Locus autem sine ædificio in urbe, area.* — Perchè *area* significa terreno nudo e spogliato; come assicura Varrone, autorevolissimo filologo dell'antichità latina: « UBI FRUCTUS SECTI TERUNTUR ET ARESCUNT, AREA. Propter horum similitudinem LOCA IN URBE PURA, areæ, a quo potest etiam Ara Deum esse, quod pura. Nisi potius ab ardore, ad quem ut sit, fit ara: a quo ipsa area non abest, quod qui arefacit, ardor est solis. » Cosicchè nell'uso rustico, *area* è

l' aia, ove appunto le messi *arescunt et teruntur*; e, per similitudine fu detta *area* quella qualunque superficie *pura* (cioè *nuda*), ovunque fosse situata. Ma quando questa superficie è coperta di piante fruttifere, come viti, pomi, ed è tenuta a cultura, non si potrebbe più chiamare *area*, ma *ager*, *fundus*, e *locus*, secondo il carattere, che meglio le convenisse.

Dopo tutto questo rimane provato ad evidenza quali sieno le caratteristiche dei fondi urbani e dei rustici e quindi riesce agevole il formare di questi una teoria chiara e netta, la quale può formularsi come appresso.

TEORIA intorno AI FONDI RUSTICI ED URBANI	SORGENTI da cui emanano I DI CONTRO PRINCIPII
1. L'oggetto peculiare, cui sono destinati un fondo, una suppellettile, un servo, costituisce a' termini del diritto romano la qualità speciale del fondo, della suppellettile, del servo.	L. 166. D. De Verbor. Signific. L. 12. D. De Suppellect. Legata. L. 16. Cod. De Prædiis et aliis reb. min. alien.
2. Quindi è fondo urbano ogni edifizio, o situato in città od in campagna, che serve all'abitazione.	Glossa a queste ultime leggi. — Cujacio Comment. in Tit. XVI. Lib. L. D. De Verb. signific.

3. Al contrario è rustico il fondo stesso, quando, o sia in città od in campagna, per esso si percipe una utilità venale mediante i frutti, che se ne ritraggono.

L. 1. D. Communia Prædior. L. 198. D. De Verbor. Signif. — Cujacio Comment. in Tit. XVI. Lib. L. D. De V. S. — Cœpolla De Servit. cap. 11.

4. Similmente dietro la norma della destinazione è rustico quello edifizio, che, dovunque sia situato, serve a magazzino dei prodotti del fondo stesso, come per esempio, un granaio etc.

V. le medesime autorità. Azzone Summa Aur. in III. Lib. Codic. De Servit. et Aqua n. 2.

5. È rustico quel servo, il quale, comunque residente in città, è stato dal padrone destinato ad amministrazione rusticana: ed *e converso* è urbano quello, che, comunque residente in campagna, viene dal padrone impiegato in ingerenze relative ad amministrazione urbana.

L. 166. D. De Verbor. Significat. — Cujacio comment. in Tit. XVI. Lib. L. D. De Verb. Signif.

6. Così pure la suppellettile od è destinata *ad usum urbanum* ed è urbana, o che questa si trovi in città od in campagna; od è

L. 12. D. De Supellect. Legata.

destinata *ad usum peregrinum vel rusticum*, ed è rustica, ovunque si trovi.

7. L'orto nel linguaggio del diritto romano esprime al tempo stesso la idea di luogo di voluttà, e di luogo di profitto venale per i prodotti, che se ne ritraggono: se esprime luogo di voluttà, corrispondente alla parola *viridarium*, è fondo urbano ovunque si trovi: — se al contrario si considera come sorgente di profitto venale, mediante i prodotti, che se ne ritraggono, è fondo rustico, o sia in città o sia in campagna.

L. 198. D. De Verbor. Significat. in fine. — la Glossa a questa legge — Cujacio Comment. in Tit. XVI. Lib. L. D. De verbor: significat. — Cœpolla De Servit. cap. 11.

8. Per profitto venale si intende quella *rendita*, che il proprietario ritrae dall'orto con la vendita dei prodotti di esso: non già quel profitto modico, che si perciperebbe col raccogliere tanta quantità di prodotti da servire all'uso del proprietario medesimo. Quindi un orto tenuto a frutti, a viti, e ad erbaggi *(horti olitorii)* per vendersi, è fondo rustico, sebbene si-

L. 198. D. De Verbor. Signif. — Cujacio a questa Legge.

tuato in città, e sebbene sia ancora un accessorio di un fondo urbano — Il profitto venale, che il Testo esige per caratterizzare il fondo, da cui si ritrae il profitto stesso, non importa che sia perpetuo, ma basta per imprimere la qualità di fondo rustico, che *spessissime fiate (plurimum, id est frequentissime)*, si percipa dal fondo questa utilità.

9. Luoghi di voluttà, sono quelli, che servono unicamente al piacere, *(Voluptati tantum deservientia)*, senzachè rendano al tempo stesso il più piccolo utile pecuniario *(non etiam fructum augent, ut sunt viridia.)*

10. La mancanza della casa colonica non può mai convertire un fondo rustico in urbano, conoscendosi invece nel testo una specialità di fondi rustici, i quali, mancando di casa colonica, si distinguevano dagli altri con la parola *loci.*

L. 79 D. De Verbor. Signif. — Sveton. in Tiber. cap. 60.

L. 60, e L. 211. D. De Verbor. Significat. — Cujacio, Comment. in Tit. XVI. Lib. L. D. De Verb. Signif. ad L. 60, litt. D. — Varrone, de Lingua Latina, Lib. IV. — Columella, de Re Rustica, Lib. I, cap. 6. —

Posti in tanta chiarezza i principii di diritto, conviene ora discendere a mettergli a confronto col fatto, che ci sta occupando.

Lo stabile del Sig. Gaetano Trebbi fronteggia per tutta la estensione del tergo del secondo corpo di fabbrica un orto appartenente al sig. Giovacchino Caruana. Ed è su quest'orto, che corrisponderebbero quelle due finestre, la cui apertura provocò la inibitoria, donde è nata la presente questione. — Risulta da moltiplici atti esistenti in processo, che quest'Orto del sig. Caruana è un vasto appezzamento di terra, pomato, vitato, tenuto a cultura di erbaggi, corredato di stalla per uso di bestiame, di fienile, di macchina idraulica per irrigarlo (volgarmente *bindolo*), e tenuto in affitto da rimotissimo tempo da un ortolano, che pagava al proprietario la somma netta di Scudi ottanta fiorentini, con l'obbligo di deposito nelle mani del proprietario stesso di una ragguardevole somma a titolo di cauzione (1). — Ciò essendo certo, come lo è in realtà, chiaro apparisce, che l'orto indipendentemente dalla casa, che il sig. Giovacchino Caruana abita, rappresenta un fondo tutto a sè, e fornisce al sig. Caruana medesimo una rendita cospicua non pure per la sua cifra, ma ancora per la sua certezza: — d'altra parte, il fittuario fa fronte al canone annuo, e ritrae una sorgente di guadagno mediante la vendita

(1) V. la Perizia Giudiciale del 27 Agosto 1852; — le Scritture de' 25 Novembre e 12 Dicembre 1852; — la Sentenza del Tribunale di Prima Istanza di Firenze de' 7 Marzo 1853; — la Scrittura de' 27 Luglio 1853.

dei frutti, che abbondantissimi verdeggiano in quell'ampio recinto, e degli ortaggi, che vi si educano, non che dei proventi della sua cascina. — Quindi verun fondo presentò mai la caratteristica di fondo rustico quanto quello del sig. Caruana: perchè una volta certo in diritto, che gli orti, quantunque sieno situati in città, e quantunque si vogliano considerare come accessorii di un fondo urbano, cambiano la loro caratteristica di urbani, ed assumono quella di rustici, ognorachè se ne percipa una rendita mediante la vendita dei prodotti, si dovrà ritenere, che rustico e non urbano è il fondo interessato nella quistione, quando esso è tenuto ad una cultura esclusivamente con l'animo di venderne i prodotti e perciperne una cospicua utilità. — Non basta: il Testo insegna, che il profitto, che si ritrae dagli orti per la vendita dei prodotti, si deve verificare *spesse fiate (plurimum id est frequentissime*, come avverte il Cujacio): — or bene nel caso in disputa, si ha ben altra frequenza, per indicare la quale non gioverebbe la parola *plurimum;* ma l'altra *semper* si dovrebbe adoperare, perchè la circostanza dello affitto assicura al Caruana la perpetuità e la certezza della rendita, come il genere della cultura l'assicura al fittuario.

Tali ragioni, che nell'annullata Sentenza della Corte Regia di Firenze ebbero un immeritato rigetto, non potevano non intimorire per la loro gravità l'avversario Sig. Giovacchino Caruana; la cui Difesa volendo in qualche modo debilitarle, credè riuscirvi con l'obiettare, che,

se pure l'orto nella sua odierna condizione fosse stato da riputare fondo rustico, ciò non pertanto non dovevasi l'apertura delle inibite finestre autorizzare, perchè nulla toglieva, che in avvenire non potesse l'orto cambiare aspetto e destinazione, e così dalla cultura utile ridursi a luogo di amenità e di piacere.

Certo che l'obietto era ben lontano dall'incutere apprensione alla difesa del Sig. Gaetano Trebbi: nonostante perchè non sia a rimproverarsi alla Difesa medesima di avere lasciato senza replica qualunque contraria pretensione, stimo opportuno accennare all'assurdo del preindicato obietto.

Infatti nel sottoposto tema delle Servitù è un principio inviolabile quello, pel quale s'insegna non doversi giammai considerare alla eventuale mutazione, che un fondo potesse prendere; e che invece si deve esclusivamente tener conto del suo stato attuale. *Non futurus, sed status præsens attenditur.* Di fronte a tanta certezza di principio inutile riescirebbe il conforto delle autorità de' grandi nomi e di celebri giudicati: pure mi contenterò accennare la *Decisione della Corte Regia di Firenze in Causa Tamburini e Dini de' 25 Settembre 1841, a relazione del Consiglier Cavalier Coppi;* nella quale si legge. — Ivi — « Attesochè, per indurre alla « conferma della trasmessa inibitoria, non rilevi, « che, autorizzando il Tamburini a fabbricare « alla sola distanza di soldi quattro di braccio « dal muro divisorio, che recinge la corte del « Dini, si venga a togliere ad esso la facoltà

« di estendere in seguito la sua casa fino alla
« linea del muro divisorio medesimo; poichè
« quando anche, trattandosi di una corte della
« lunghezza di sole braccia nove, potesse essere
« praticabile una tale estensione di fabbrica senza
« privare della luce quelle stanze, che la rice-
« vono dalle finestre esistenti nello attuale muro
« di tergo della casa, l'ablazione di questo di
« lui diritto non sarebbe valutabile agli effetti
« gravissimi, dei quali si tratta, *mentre, per co-*
« *artare la naturale libertà, che ognuno ha di*
« *edificare nel proprio suolo, la legge considera*
« *unicamente lo stato attuale delle cose, e non*
« *quale può divenirne in futuro; altrimenti pre-*
« *diligerebbe un vicino a carico dell' altro; come*
« *appunto avverrebbe nel caso, se nella veduta*
« *di conservare al Dini la facoltà di riempire*
« *di fabbricato abitabile tutto il suo terreno fino*
« *alla linea confinale, vietasse al Tamburini di*
« *costruire sul proprio suolo.* »

2. La prova, che l'orto del sig. Giovacchino Caruana sia dominato universalmente da finestre e balconi moltissimi, è anche più facile; perchè non si tratta di una quistione di diritto, ma di semplice cosa di fatto. —

E primo ad esercitarvi questo prospetto era il medesimo stabile del sig. Gaetano Trebbi, il quale ve lo esercitava mediante due finestre del primo corpo di fabbrica, e soprattutto mediante altre finestre aperte nella parte di edifizio comprato, come accennava fino dal principio di questa Consultazione, dal sig. Pietro Cresci. Il qual fatto, essendo stato sulla prima

negato dall' avversario, fu comprovato dalla *Perizia giudiciale*, che fra il prospetto esercitato dalle antiche luci, e quello esercitato dalle nuove istitui uno stato di confronto preceduto da queste parole (1).

« Prima di devenire al confronto fra la
« estensione dell' Orto Caruana dominato dalle
« antiche finestre, e quella che ora si domina
« dalle nuove, mi piace di dividere le prime
« in due categorie, una delle quali si riferisce
« a quelle situate nello stabile Trebbi in linee
« prossimamente parallele al muro di nuova
« costruzione; e la seconda alle altre situate
« nella casa Cresci lateralmente alla medesima
« ed al muro ridetto; avvertendo bensì, che
« sia nell' un caso, sia nell' altro, io prendo in
« considerazione quella fra le finestre la più
« favorevolmente situata per la veduta. Che
« però fatti i confronti opportuni, ho trovato.

« Che per il primo caso si domina adesso
« una estensione maggiore di Braccia quadre
« 11,943, quasi il doppio dell' antico.

« Che per il secondo caso se ne domina
« adesso una estensione maggiore di Braccia
« quadre 8108, ch' è presso a poco un terzo
« di più dell' antica; come rilevasi dal seguente

(1) V. Perizia Giudiciale de' 27 Agosto 1852 § 2.

STATO DI CONFRONTO

PRIMO CASO		
Quantità dell'orto Caruana, che si domina dalle nuove finestre Trebbi	*Braccia quadre*	22,525
Quantità dell'orto emdesimo, che si dominava dalla finestra B. già esistente nello stabile Trebbi. . . .	»	10,582
Differenza in più, che si domina adesso. .	»	11,943
SECONDO CASO		
Quantità dell'orto Caruana, che si domina dalle nuove finestre Trebbi	»	22,525
Quantità dell'orto medesimo, che si dominava dalla finestra, E, già esistente nella casa Cresci	»	14,417
Differenza in più, che si domina adesso. .	»	8,108

Dunque è vero, che tanto dalle finestre del primo corpo di fabbrica appartenente al sig. Trebbi, quanto da quelle della contigua casa Cresci ancor essa pervenuta in proprietà Trebbi, si aveva un prospetto sull'orto Caruana. É dunque falso, che il suo orto fosse dapprima esente da ogni prospetto, quando per alcune finestre si dominavano meglio che due terzi della superficie dell'orto. — Dunque nel caso si trattava non di un prospetto, che si venisse *ex integro* a costituire sull'orto, ma invece di un'ampliamento del prospetto preesistente. — Ed in tali termini l'apertura delle inibite finestre riusciva anche meno odiosa, come meno odioso è l'aggravamento di una servitù preesistente, che non la imposizione di una servitù nuova, secondochè insegnò la *Ruota Fiorentina nella Decisione de* 17 *Luglio* 1835 (Tes. del Foro Toscano Tomo 43 Supplem.) — Ivi — « Attesochè mentre il primo degl'indicati fatti di-« mostra, che quanto al riceversi dal tetto del « Puccetti le acque del detto Franchini non si « tratterebbe nel caso nostro di una servitù « totalmente nuova, ma solo di una ampliazione « ed aggravamento di una servitù preesistente; « lo che essere meno odioso e più facilmente « ammissibile è costante in ragione. *Politi De* « *novi operis nunciatione Dissertat.* 6, *num.* 13. »

Nè questo è tutto. Provato il fatto, che prima della superedificazione l'orto Caruana era sottoposto, sebbene in quantità minore, al prospetto dello stabile appartenente al sig. Trebbi; ed una volta certo pure il fatto, che dopo la

superedificazione l'orto non era più gravato di questo prospetto, sì perchè la elevazione della medesima sullo stanzone ne impediva quello esercitato dalle finestre del primo corpo di fabbrica; e che la necessità dell'ordine imposto al nuovo stabile aveva fatto chiudere quelle anticamente aperte nella casa Cresci, subentra di nuovo il ministero della Equità, la quale non consente, che il sig. Caruana sia doppiamente favorito, come quegli che con la sua inibitoria verrebbe ad impedire il nuovo prospetto, e grazie alla superedificazione verrebbe a liberarsi dall'antico; doppio lucro, che si risolverebbe nel mostruosamente ingiusto sacrifizio del signor Trebbi, il quale avrebbe deteriorato lo stabile proprio comparativamente allo stato antico, ed avrebbe erogato una spesa enorme nel costruirne un nuovo, affatto insalubre ed inabitabile.

Ma affatto insignificante sarebbe stato il prospetto esercitato dallo stabile del sig. Trebbi dirimpetto al prospetto mediato od immediato, che circonda da ogni parte l'orto del Caruana. La quale universalità di Prospetto fu costatata dall' Accesso Giudiciale, dalla consecutiva Perizia; allegata in moltiplici Scritture esistenti in Processo; tacitamente consentita dall'Avversario. E perchè in questo attuale Giudizio ricevesse più solenne conferma, fu a cura della Difesa Trebbi fatto redigere un esattissimo *Quadro prospettivo* dell' orto Caruana e di tutti gli edifizi, che lo circondano. Questo lavoro dovuto all' abilità ed allo zelo dell' Ingegnere sig. Ferrante

Rossi darà il colpo mortale al vacillante edifizio del sig. Caruana (1).

Ora dimanderò io, da quale altro spirito tranne da quello di Emulazione poteva essere animato il sig. Giovacchino Caruana nello inibire l'apertura di due finestre al sig. Trebbi? Se il suo orto non fosse stato per l'avanti dominato da veruna luce, da verun prospetto, comprenderei che dovesse riuscire molesta al suo proprietario una innovazione, comunque consentita dalla Legge, innovazione che pure veniva a sottoporre il suo fondo ad un gravame. Ma quando questo suo orto è universalmente dominato, e dominato ancor più di quello, che nol sia dalle finestre dello stabile del sig. Gaetano Trebbi, non si potrebbe da mente umana escogitare un danno qualunque. Ora quando non si verifica nessun danno per lo Inibente a permettere queste due finestre, mentre grandissimo colpirebbe l'Edificante, se fosse astretto a chiuderle, si è già veduto esistere Emulazione; dunque non si può negare, che di questo pravo animo sia affetto il sig. Giovacchino Caruana.

3. Notai superiormente, che due ingegneri, uno il sig. Ferrante Rossi nello interesse del

(1) V. Il suddetto *Quadro prospettivo* in Processo ed in questa Consultazione. L'amore della verità e della giustizia m'impone il dovere di attestare pubblicamente al sig. Ferrante Rossi Ingegnere-Architetto la soddisfazione provata per gli assidui, intelligenti e laboriosi aiuti prestati alla difesa del sig. Gaetano Trebbi. Non parlerò della bontà e del merito artistico de' lavori: ognuno può esaminargli e proferirne giudizio.

sig. Gaetano Trebbi, l'altro il sig. Giovanni Malesci nello interesse del signor Giovacchino Caruana proposero un diverso andamento da darsi alla superedificazione, andamento pel quale si sarebbe fatto a meno dell' apertura delle contrastate finestre. Non ripeterò in che consistesse questa modificazione all' antico progetto per non ripetere cose già dette: solamente aggiungerò quali furono i motivi che non consentirono al sig. Trebbi di adottarlo. Con l' accettazione del Progetto accennato nella *Pianta* il sig. Trebbi avrebbe dovuto lasciare un'area senza superedificazione, il che avrebbe condotto la sua fabbrica, di per sè stessa non troppo vasta (come accennò la Perizia Giudiciale), a dimensioni ancor più ristrette. Oltre a ciò per formare la Terrazza scoperta, che si proponeva, si rendeva necessario costruire a'locali sottoposti una volta da ricuoprirsi con lastrico, affine di preservarli dal danno delle piogge, delle nevi e dei geli, provvedimento che avrebbe cagionato un aumento di spesa senza correspettività di utile, perchè una terrazza non poteva compensare giammai la ristrettezza medesima della casa. — Non fu dunque capriccioso il rifiuto fatto dal sig. Trebbi di accettare il Progetto degl' Ingegneri; e d' altronde non si può mai redarguire il cittadino, che si rifiuta di eseguire gli altrui concetti. La *Pianta* era un Progetto: non importava quindi obbligo veruno di accettazione.

E poi il Sig. Caruana l' accettò forse? Il sig. Caruana tacque di questo fatto, nè se ne parlò che nel Giudizio di Appello agitatosi in-

nanzi alla Corte Regia di Firenze, quasi a redarguire il Trebbi di avere violato una *Convenzione.* — Non ripeterò ciò che su questo subietto ho detto di sopra: ma perchè pel sig. Caruana la *Pianta* in discorso costituisce un *Patto,* io gli mostrerò che questa *Pianta* giova mirabilmente a constatare la sua *Emulazione.*

In fatti chiunque a colpo d'occhio esamini la *Pianta* scorgerà il disegno della terrazza, alquanto indietro dall'appiombo del muro tergale; ed una finestra aperta alla estremità di una parete laterale di recente costruzione per modo, che la sinistra spalletta di essa può dirsi a piombo del muro tergale medesimo (1). La terrazza, ove fosse stata costruita, avrebbe offerto una visuale di una porzione ragguardevole dell'orto: la finestra, aperta nella estremità della parte laterale, avrebbe procacciato il prospetto di quasi tutto l'orto stesso, salva una lievissima differenza di mille cento trenta braccia quadre. La Perizia Giudiciale de' 27 Agosto 1852 eseguì la riquadrazione della superficie dell'orto del sig. Caruana, e n'ebbe per risultato una estensione di Braccia quadre ventiduemila cinquecento venticinque. — La Difesa Trebbi, già fino da quando pendeva il Giudizio di Appello innanzi alla Corte Regia di Firenze, si affrettò a fare eseguire sulla scorta della *Pianta* delineata dai due Ingegneri Rossi e Malesci un taglio sulla linea orizzontale della pianta stessa, e parallela

(1) V. Tavole I, II e III esistenti in Processo, ed annesse a questa Consultazione.

per conseguenza all'orto, e la valutazione del raggio visuale, che si otterrebbe dalla terrazza e dalla finestra, ove l'una e l'altra fossero state eseguite, come sulla Pianta vedesi notato. Il risultato di tali lavori, che avevano per base la Perizia Giudiciale, e per punto di partenza una Pianta messa in campo dal medesimo Avversario, e che perciò non è soggetta a contestazioni, è questo: che, valutando il raggio visuale minimo, che potevasi avere e dalla terrazza e dalla finestra, sarebbesi venuto ad avere un prospetto sull'orto Caruana in una misura di braccia quadre minori di quello, che si avrebbe adesso per le inibite finestre, soltanto di millecento. Cosicchè per maggiore chiarezza stimo opportuno fare alla mia volta l'appresso Stato.

STATO DI CONFRONTO

Estensione della superficie dell' Orto Caruana che si dominerebbe dalle inibite finestre.	*Braccia quadre*	22,525
Estensione della superficie dell' Orto Caruana, che si sarebbe dominata sì dalla terrazza, che dalla finestra marcata in *Pianta*, se fossero state eseguite. .	»	21,425
DIFFERENZA IN MENO DELLA QUANTITÀ DEL PROSPETTO, CHE SAREBBESI AVUTO PER LA FINESTRA E PER LA TERRAZZA PROGETTATA, ANZICHÈ PER LE FINESTRE INIBITE .	»	1,130

Ecco adunque la poderosa cagione di sì gran guerra! Per una differenza di MILLE CENTO TRENTA braccia arrischiare una quistione cotanto malagevole come la presente. — Nè questo è tutto: perocchè con la esecuzione di ciò, ch'era marcato nella *Pianta*, non solo sarebbesi avuto il prospetto di quasichè tutto l'orto sottoposto; ma per la finestra laterale sa-

rebbesi venuto ad avere un introspetto nella medesima casa dell'avversario: cosicchè sommando l'inconveniente di questo introspetto col prospetto quasi totale dell'orto, la differenza di 1130 braccia quadre, che sarebbe stata in meno, differenza già sì minima in sè stessa, si ridurrebbe strettamente al nulla. — Dopo tutto questo chi oserebbe dubitare della Emulazione nell'avversario anche per questo capo?

4. Scendo finalmente al carattere personale del Sig. Caruana. — Negare che il Sig. Giovacchino Caruana sia cittadino onorevolissimo e specchiatissimo, sarebbe un negare la verità: ma altrettanto sarebbe negare la verità, se si affermasse essere egli quieto e pacifico. — Amante invece delle quistioni forensi, ei ha sostenuto liti contro i proprii figli medesimi, ai quali si è rifiutato concedere la facoltà di condurre moglie e di prestar gli alimenti, se ad ambedue queste cose non lo avesse costretto l'autorità dei Tribunali. E ciò non sembri poco: frattanto io produco uno stato delle Liti cercate e sostenute dal Sig. Caruana dal 1839 al 1854, stato desunto dai Repertorii del Tribunale di Prima Istanza di Firenze. — Eccolo:

Caruana e Paoletti. — *Anno* 1838-39.
Caruana e Amministrazione del Registro. — *Anno* 1838-39.
Caruana e Caruana. — *Anno* 1839-40.
Caruana e Paoletti. — *Anno* 1839-40.
Caruana e LL. CC. e Comparini. — *Anno* 1838-39.

Caruana, Martelli e Zannitz. — *Anno* 1840-41.
Caruana e Danti. — *Anno* 1840-41.
Caruana e Caruana. — *Anno* 1840-41.
Caruana e Bartolini. — *Anno* 1842-43.
Caruana, Gannet e Bellini. — *Anno* 1842-43.
Caruana e Dini Castelli e Rosai. — *Anno* 1846-47.
Caruana e Sindaco Giovannini. — *Anno* 1846-47
Caruana, Sani e Sani. — *Anno* 1847-48.
Caruana e Francia. — *Anno* 1846-47.
Caruana e Garinei — *Anno* 1848-49.
Caruana, Meucci e Boni. — *Anno* 1848-49.
Caruana, Boni e Meucci. — *Anno* 1848-49.
Caruana e Meucci. — *Anno* 1847-48.
Caruana, e Opera di S. Croce e Martelli. — *Anno* 1847-48.
Caruana e Meucci. — *Anno* 1847-48.
Caruana e Naldini Del Riccio-Rinaldeschi. — *Anno* 1850-51.
Caruana e Caruana. — *Anno* 1850-51.
Caruana e Zannit, — *Anno* 1850-51.
Caruana e . . . . — *Anno* 1850-51.
Caruana e Patriarchi. — *Anno* 1850-51.
Caruana e Piccardi. — *Anno* 1852-53.
Caruana e Borri. — *Anno* 1852-53.
Caruana e Trebbi. — *Anno* 1851.
Caruana e Piccardi — *Anno* 1853.
Caruana e Caruana (1) — *Anno* 1854.

(1) Questa fu l'ultima lite, in cui il sig. Giovacchino Caruana rimase soccombente così in prima che in seconda istanza, mossagli dal figlio: il quale privo di mezzi di sussistenza, e con lo aggravio di molti figli, invano aveva

Ora se l'uomo amante dei litigi è inviso alla Legge stessa, come si potrà dubitare, che il carattere e le abitudini del Sig. Avversario non inducano a fare presumere la Emulazione?

Concludendo pertanto dirò; che la Emulazione si presume nel Sig. Caruana sì perchè nel suo fondo non si verifica danno veruno reale a permettere l'apertura delle inibite finestre, mentre grandissimo danno si verificherebbe pel Sig. Gaetano Trebbi; nè tampoco si verificherebbe quel danno ideale, nascente dall'affezione che il proprietario pone in una qualche cosa di sua proprietà, perchè, essendo l'orto un fondo rustico, affittato ad un ortolano, e sottoposto ad essere frequentato da gente di fuora, ed infine dominato da prospetto universale, non avvi luogo a piangere e lamentare la perdita di una libertà, che non ha mai avuto. — Sì perchè in altro tempo il medesimo Sig. Caruana acconsentiva ad un progetto, che invece di scemare, aggravava la conseguenza di questo prospetto. Sì perchè la indole notoriamente palese del Sig. Caruana, inchinevole ai litigi fa presumere, che la lite presente, anzichè essere cagionata da un motivo giusto e ragionevole, sia l'effetto del suo carattere irrequieto e turbolento.

scongiurato la pietà paterna a muoversi in soccorso del figlio e dei nipoti. Invano! il padre fu inesorabile; fu allora dura ma imperiosa necessità mettere al palio questa disamorevolezza paterna, e ricorrere all'Autorità dei Tribunali. Il figlio scongiurava, che gli si portasse l'assegno a Lire Dugento il mese, ossia sessanta lire di più di quello che il padre somministravagli. Il Tribunale concesse invece Lire 420 il mese.

RIEPILOGO

§. VI.

PRINCIPII DI DIRITTO

1. Ognuno nel proprio suolo può edificare fino al cielo, come può la propria casa innalzare fino alle stelle; e può eziandio nel proprio muro aprir finestre così lucifere come prospettive, qualunque possa essere il danno consequenziale, che da questa apertura venisse a risentirne il vicino.

2. Questo principio generale di diritto è subordinato alla limitazione, che non sia permesso a colui, che edifica sul pro-

Sorgenti

L. 8. § 3. D. Si Servit. vindic. L. 8. Cod. De Servit. et Aqua. Paolo da Castro Comment. Lib. 3, a q. t; alla L. Cum eo D. De Servit. urban. præd. Giasone alla L. Ex hoc jure D. De Just. et Jure ed alla L. Quominus D. De fluminib. Tartagni ad Tit. 8 Cod. De Servitut. et Aqua, ed alla L. Cum eo D. De Servit. urb. prœd. Coepolla De Servit. Cap. 72, n. 1, Donello Comment. jur. civil. Lib. XI. Cap. V. § 6. Brunemanno ad L. 8 Cod. De Servitutib. et Aq. Gobio Consultat. Decis. 132, nn. 1, 2, 3, 4, 5, Mansi Consultat. 476, num. 2, tom. 5, Caponio Disceptat. for. 170, n. 10, Surdo Cons. Lib. 1, cons. 126, n. 1, De Luca De Servitut. Disc. 3, n. 2, e Disc. 4, nn. 13, 14 e 15, Pecchio cap. 8, quæst. 19. Decis. Senat. Pedem. nel Tessauro 41. Decis. Neapolit, nell'Afflictis 224 e 225, Leoncilio Decis. 46. Sperello Decis. 55. Rota florentina Decis. 24 Luglio 1720. Corte Regia di Firenze Decis. 21 Gennaio 1843. Corte di Cassazione Decr. 29 Settembre 1854 n. 10.

L. 8, § 3, D. Si Servit. vindic. Donello loc. cit. Ruota Fiorentina Decis. 24 Luglio 1720.

prio suolo od apre finestre nel proprio muro d'immettere checchessia sul suolo altrui: limitazione apposta per il rispetto reciproco, che la Legge vuole sia portato alle proprietà, le quali verrebbero ad essere offese e menomate ogni qualvolta con la immissione di una qualchecosa si occupasse l'aria del fondo contiguo, che dev'essere libera dal suolo fino al cielo.

3. Si occupa l'aria del fondo contiguo, epperò s'incorre nella vietata immissione sì col *projetto*, sì col *protetto*, che consistono ambidue in tutto ciò che sporge permanentemente dalle nostre case sul fondo altrui, quantunque su di questo non riposi.

4. Non si conosce nel Gius come vera e propria immissione quello sporgere, che faccia col proprio corpo una persona, la quale si affacci a finestre corrispondenti sul fondo del vicino, volendosi all'effetto della immissione, che si tratti di un *proietto* o *protetto* formato mediante opere materiali e permanenti.

5. Ogni qualvolta siasi costituita sul fondo del vicino la vera e propria servitù del *proietto*, che val quanto dire ognorachè con la servitù del proietto siasi occupata permanentemente l'aria del fondo contiguo, nulla osta che si possano eseguire opere permanenti, che occupino ripetutamente l'aria medesima, purchè non si oltrepassi il *rigore* dell'antico proietto.

Donello loc. cit. § 9. Coepolla De Servit. cap. 32.

Donello loc. cit. — Corte Suprema di Cassazione Decreto de' 29 Settemb. 1854 n. 10.

L. fin. D. De Servit. urb. prœd. — Glossa a q. l. — Coepolla De Servit. cap. 72, num. 7.

6. La facoltà competente ad ogni cittadino di poter fare della cosa propria ciò, che più gli piace, e così di edificare sul proprio suolo, d'innalzare la propria casa; di aprire finestre nel proprio muro viene limitata dalla esistenza di una Servitù, per la quale siasi rinunziato al libero uso delle cose proprie.

7. Le Servitù, con le quali si limita la suddetta naturale libertà, si distinguono in *affermative* e *negative*: le prime consistono nell'obbligo, che taluno siasi assunto di sofferir quietamente un qualche incomodo, che dal fondo del vicino si esercitasse sul nostro; ossia quando *Servitus consistit in patiendo:* — le seconde quando siasi promesso di non adoperare la cosa nostra in certi usi, che riuscissero incomodi al vicino, ossia quando *Servitus consistit in non faciendo.*

8. Lo astenersi che taluno faccia dallo esercitare i diritti derivanti dalla mentovata natural libertà, ancorchè per lunghissimo ed immemorabil tempo, non può mai esser considerato come una rinunzia a questi diritti, o come una produzione di servitù già acquisita dal vicino per mezzo della prescrizione; poichè questa nelle cose facoltative non si dà, se non che nel caso di una inibitoria per un lato, e relativa decennale acquiescenza per un altro.

9. Non è *servitù* quel qualunque aggravamento, che il fondo del vicino possa

L. 8, D. De Servit. urban. præd. — e L. 8, Cod. Eod. — ANGELO a q. legge — e L. 15, princip. D. De Servit. urban. præd. e L. 10, D. Communia præd.

HEINECCIO De Servitut. — HAIMBERGER eod. e relati.

De Luca De Servit. Disc. 2, num. 10, e Disc. 13, num. 1, e 2, COEPOLLA De Servitut. cap. 20, num. 7, PECCHIO De Servit. cap. 1, quæst. 4, num. 11. CIARLINI Controv. for. jud. lib. 1, cap. 30, num. 1. COSTANTINO ad Stat. urb. PACICHELLO De Dist. cap. 6, membr. 1, nn. 23, Merlin. Répertoire de Jurisprud. M. Servit. § 21, n. 5, SCHUSTER Dir. di fabbr. art. 33, MUHLEMBRUCH Lib. 2, cap. 4, § 293, num. 1.

DONELLO Comment. Jur. Civil. Lib. IX, cap. 5, §§ 7 e 10.

risentire dallo esercizio, che taluno faccia dei proprii diritti; non essendo impedito al vicino di sottrarsi a questo aggravamento: mentre, quando si trattasse di vera e propria servitù, nulla potrebbe fare il vicino per esimersi dalla medesima. Così l'aprire che taluno faccia nel proprio muro finestre corrispondenti sul fondo del vicino, non è servitù di *prospetto*, perchè il vicino può liberarsene controedificando; mentre se fosse acquisita a favore del fondo, ove queste finestre si aprono, la vera *servitù del prospetto*, sarebbe interdetto al vicino di contro edificare in pregiudizio di questo prospetto medesimo.

10. Per regola generale unico modo di costituire servitù è la stipulazione, ossia il patto o convenzione: laonde pel diritto Romano se nella vendita di un fondo, che un proprietario di più fondi facesse, non si specificava la servitù, che volevasi riserbata, si riputava essere il fondo stesso passato libero e scevro da qualunque servitù nelle mani del compratore.

11. Unica eccezione, che il diritto Romano facesse a questa regola, era nella Servitù *tigni immittendi*, che si verificasse in case contigue un giorno appartenenti ad un medesimo proprietario, e poscia sia per atto tra' vivi sia di ultima volontà pervenute in terzi possessori: nel qual caso speciale la detta Servitù continuava ad esistere per utilità e comodo reciproco dei

L. 8, D. Commun. præd. L. 10, D. eod. L 99, D. De Verbor. oblig.

LL. 35 e 36, D. De Servit. urb. præd. Bartolo alla L. 10, D. Commun. præd. e alla L. 35, D. De Servit. urb. præd. Cujacio Comment. ad Quæstion. Papin. Lib. VII. Pothier ad Pandect. h. t.

due fondi, ancorchè non fosse stata espressamente riservata.

12. Dalla interpetrazione delle quali ☞ Leggi la Giurisprudenza universale dedusse un nuovo modo di costituire le servitù, e fu un *modo tacito*, chiamato per *Destinazione del Padre di famiglia*, così detto perchè si volle, che si rispettassero dal successore quelle servitù, che attivamente o passivamente si riscontrassero esistere in fondi contigui appartenuti un tempo ad un solo e medesimo proprietario, che in quel modo gli avesse disposti, sia rendendo un fondo dominante di fronte all' altro, od imponendo ad ambidue reciprocamente questa qualità per certi determinati servigi. Non però si vollero *tacitamente* indotte le servitù, qualunque elle si fossero, ma soltanto quelle, che presentassero il doppio carattere della *continuità* e della *apparenza;* e ciò per non dar luogo alle frodi ed ai litigi, che sarebbero nati inevitabilmente; se tutte le servitù senza eccezione si fossero volute conservare.

13. La costante ed uniforme Giurisprudenza ha escluso dal modo tacito della Destinazione del Padre di famiglia TUTTE LE SERVITÙ NEGATIVE, ossia quelle che consistono *in non faciendo;* per acquistare le

Cod. Napol. art. 688, 689, 690, 692, 693, 694, Cod. delle Due Sicilie art. 612. e segg. Cod. Civ. di Parma art. 543. Cod. Piemontese, ec. Toullier Droit Civil, Tom. 3, Pag, 290. Pardessus Traité Des Servit. §§ 288, e 289. Teulet e D' Auvilliers Les Còd. Franc. annot. art. 694. Rogron Còd. civ. expliq. Liv. 2, art. 692. De Luca De Servit. Disc. 2, num. 10 e Disc. 32. De Servit. e Summa n. 14. Costantino ad Stat urb. annot. 43 art. 2, num. 214. Mérlin Répertoire de Jurisprud. Mot Servitud. § 21, De Augustinis Tratt. Delle Servitù. Decisioni. Dec. 6. T. 4. for. Ombros. Rot. fior. 8 Luglio 1785: 22 Apr. 1795; 27 Lugl. 1792. Ruot. d'Arezzo 17 Agosto 1824. Supremo Consiglio 11 Giugno 1828. Ruota di Pisa 30 Settembre 1835. Supremo Cons. 10 Giugno 1836 Corte Regia di Firenze 27 Agosto 1842; 20 Agosto 1840; 28 e 29 Aprile 1842; e 4 Settembre 1849. Rot. Romana. — 27 Giugno 1635 ap. Dunoz.; 6 Marzo 1690; 23 febb 1636 nelle Recent. Decisioni Francesi. Corte di Cassaz. 23 Aprile 1817. Corte di Pau 12 Dic. 1835; Corte di Caen, 13 Maggio 1837. — Corte di Bastia 23 Aprile 1838. — Corte di Cassazione 15 febbraio 1843. — Corte D'Orleans 23 Dicemb. 1840.

Glossa alla L. qui luminib. D. De Servit. urban. præd. De Luca De Servit. Disc. 13 e 32; e Summa n. 14. Ciarlini Controv. forens. lib. 1, cap. 30. Costantino ad Stat. Urb. Annot. 23, art. 2, num. 214. Pacichello De Distant. Cap.

quali verun titolo si è riconosciuto abile, tranne il PATTO, o la PRESCRIZIONE.

14. La Servitù *altius non tollendi* in ispecie, essendo sopra le altre negative, non può giammai pretendersi indotta per *destinazione del Padre di famiglia*, ossia *tacitamente*; ed alla pari delle altre *negative* non si riconosce altro titolo abile a indurla, se non che la *convenzione chiara ed esplicita*, o la prescrizione decennale decorrenda dall' acquiescenza, che taluno abbia mantenuto di fronte ad una inibitoria spiccata contro di esso. — E non si potrebbe interdire lo Innalzamento di una casa pel capo della *Destinazione del Padre di famiglia*, quando anche con questo innalzamento si venisse a distruggere una servitù *continua* ed *apparente* già costituita nel fondo contiguo: e soltanto per Equità si è voluto, che non si otturasse totalmente la finestra aperta nel fondo contiguo, ma fra lo innalzamento e quella si lasciasse piccolissima intercapedine, donde potesse entrare il lume prettamente necessario nella stanza, per comodo della quale era aperta quella finestra.

15. La Equità ha apposto un' altra limitazione alla naturale libertà di fare della cosa sua ciò che più piace; e questa li-

6, membr. 1, n. 23. COEPOLLA De Servit. cap. 20, n. 7, e Cap. 39, n. 1. PECCHIO De Servit. cap. 1, quæst. 4, n. 11. MERLIN. Répert. de Jurisprud. M. Servit. § 21, num. 5. SCHUSTER Dir. di fabbr. art. 33. MUHLEMBRUCH Lib. 2, c. 4, § 293, n. 1, e più tutte le Decisioni citate al *Numero* 12, di questo riepilogo.

V. le autorità tutte allegate ai Numeri 12 e 13 di questo Riepilogo: più il TESTO nella L. Binas Ædes 9. D. De Servit. urb. prœd. BARTOLO a q. l. e le appresso DECISIONI: la *Liburnensis Altius tollendi* 8 Luglio 1785: — *Aretina Altius tollendi* 22 Aprile 1795: — e quella della Corte Regia di Firenze de' 24 Agosto 1840.

L. 2. §. Item Varus D. De Aq. pluv. arcenda. DE LUCA De Servit. Disc. XIV n. 4, e Disc. XLI n. 6. ROMUSSIO De Novi Operis nun-

mitazione è qando l'uomo si serve della cosa propria non con l'animo di procacciarsi un utile, anco meramente voluttuoso; ma con l'animo primordialmente, principalmente ed esclusivamente ordinato a nuocere altrui sia per spirito di vendetta, sia per spirito di rancore o di antipatia, sentimenti troppo noti al cuore umano. Il qual pravo affetto fu chiamato dalle Leggi e dalla Giurisprudenza EMULAZIONE.

16. La Equità è sovente intervenuta per mitigare il rigore della Legge, o per supplire al silenzio di essa: la Equità non è una tirannia, nè una usurpazione dell'uomo sulla Legge, perchè è la Legge stessa che la impone; e nella subietta materia delle Servitù la Equità assume forza di legge scritta, trovandosene imposta l'applicazione nel testo medesimo.

17. Le massime della Equità nella sottoposta materia delle Servitù si compendiano in questa: Che devesi permettere all'uno ciò, ch'è per arrecargli grande utile mentre dall'altro canto non è per ridondare in danno del vicino.

18. La Emulazione, essendo un pravo affetto dell'animo, ch'è inscrutabile al cuore dell'uomo, non può provarsi con argomenti a *priori* ed *intuitivi*. Per regola generale non si presume: ma quando siavi

ciat. Pars II Art. 16, num. 9, et 12. PAULUTIO Dissert. legal. Tom. 1 Dissert. 43, art. 3, cap. 4, quæst. 4, num. 5.

L. 1, D. De Iust. et Iure. L. 26 § fin. D. Ex quib. caus. major. XXV annor. in integ. rest. LL. 85, e 183, D. De Reg. Jur.L. 8, Cod. De Judic. L. 2, § Item Varus D. De Aq. pluv. arcenda. PECCHIO De Servit. cap. 4, n. 6. MENOCHIO Cons. 45, num. 45. NOVARIO Dec. 50. MASCARDO Cons. 47, num. 59. DECIO Cons. 244, num. 5. CARDINAL TUSCO Pract. Conclus. Jur. 221. n. 25, litt. S. ROTA ROMANA Dec. 31, n. 19. P. 17, Rec. ROTA FIORENTINA Dec. 25, Agosto 1612: — 6 Giugno 1778: — 11 Settembre 1777: — e 7 Luglio 1835.

V. le Autorità tutte del numero precedente.

PAULUZIO Dissertat. Legal. 23, Tom. 1, art. 3, cap. 4, quæst. 4, num. 5. CARDINAL DE LUCA De Servit. Disc. IV. num. 9, et 10, 13, 14, e 15.

il caso di doverla indagare, è nelle particolari circostanze del caso, che se ne deve cercar la prova; e poichè il Giudice solo è competente a valutare tutti gli elementi che possono indurla, così alla sua coscienza è rimesso l'ammetterla o l'escluderla.

19. La Emulazione è un vizio, che siccome può essere comune a tutti gli uomini, così può riscontrarsi tanto nello Edificante, che nello Inibente: ed una volta che sia riscontrato esistere nell'uno o nell'altro, per essa s'interdice l'Edificante dal fare la nuova opera; allo Inibente s'interdice l'Inibire.

20. Si reputa edificare e rispettivamente inibire per Emulazione quando per le particolari circostanze del caso venisse a risultare, che sì l'uno come l'altro non vengono a percipere utile veruno sia dalla nuova opera, sia dalla inibitoria, mentre dall'una e dall'altra vengono or l'edificante, or l'inibente a risentire gravissimo danno. In una parola: *veruno l'utile per una parte, gravissimo il danno per l'altra sono indizio di emulazione.* Ed anche basta per indurla il piccolissimo utile per una parte, ed il gravissimo danno per l'altra, per il principio, che *parum et nihil æquiparantur.*

Card. de Luca De Servit. Disc. XIV num. 4, e Disc. XLI num. 6. Romussio De Novi operis nunciat. Pars. II Art. 16, num. 9, et 12, e relati.

L. 1, § 4, D. De aq. plus. arcenda. Vegezio Cons. 53, num. 11, in fin. Fachineo Cons. 34, num. 20, lib. 1. Andreoli controv. 295, num. 10. Sabelli Res. 15. Sperello Dec. 55, num. 26. Cefalo Cons. 130. Graziano Discept. 475, num. 37. Pauluzio Dissertat, Legal. 23, art. 2, num. 76 e 77. Rota Fiorentina Decis. 710 della Raccolta dal 1700 al 1808 e Decisione de'7 Luglio 1835 nel Tom. 43 del Tes. del for. Tosc.

21. La Giurisprudenza addita pure al giudice di avere riguardo nel valutare la Emulazione alla indole, carattere ed abitudini dei litiganti; ed alla ubicazione dei luoghi: e, perciò che ha riguardo a questi ultimi, ad ordinare una perizia.

22. Il Diritto Romano nel caratterizzare per rustico od urbano un fondo, una suppellettile, un servo, aveva riguardo non già al ritrovarsi di tali oggetti in città od in campagna; ma unicamente alla speciale destinazione, che fosse stata loro data dal padre di famiglia: quindi era *rustico* il servo, sebbene risedesse in città, quando il suo ufficio era di disimpegnare a faccende appartenenti alla villa; e come si diceva dal servo, così di ogni altra cosa.

23. L'orto poteva essere fondo rustico od urbano, secondo il diritto romano. Era urbano, ancorchè situato in campagna, se serviva esclusivamente al piacere, alla amenità, alle delizie: — era rustico, sebbene situato in città, quando il proprietario lo teneva come sorgente di lucro, mediante la vendita de' prodotti. E pel diritto Romano specialmente erano rustici gli orti, tenuti a cultura di erbaggi, o, come toscanamente si direbbe, di *riprese.*

24. Cosicchè l'unico e vero punto di partenza per caratterizzare fondo rustico

ROTA ROMANA Decis. 348, num. 17, p. 17, e Decis. 69, num. 84, p. 18, Rec. — CARDINAL DE LUCA De Servit. Disc. IV, num. 9 e 10. — CEFALO Cons. 130. PAULUZIO Dissertat. Legal. tom. 1, Dissertat. 21, num. 111 e 112.

L. 166, D. De Verbor. Signif. L. 12. D. De Suppellect. Leg. L. 16, Cod. De Prœdiis et aliis reb. min. alien. — GLOSSA a qq. ult. LL. — CUJACIO Comment. in Tit. XVI, Lib. L. D. De Verb. Signif. L. 1, D. Comm. præd. L. 198. D. De Verb. Signif. COEPOLLA De Servit. cap. 11. AZZONE in III Lib. Codicis De Servit. et Aqua num. 2.

L. 198, D. De Verbor. Signif. — GLOSSA a q. l. — CUJACIO Comment. in Tit. XVI, Lib. 4, D. De Verb. Signif. — COEPOLLA De Servit. cap. 11.

V. le Autorità del numero precedente; e più le Leggi 60 e 211, D. De Verbor.

un orto situato in città, questo è, di esaminare, se esso fornisce al proprietario una rendita periodica *(horti qui plurimum, idest frequentissime, in redditu sunt)*, mediante la vendita de' prodotti: se la fornisce è rustico: — la casa colonica non è requisito minimamente necessario per caratterizzare rustico un fondo, conoscendosi anzi nel diritto romano una categoria di fondi rustici, i quali, mancando di casa colonica, avevano il nome speciale di *loci*.

Signif. — Varrone De Lingua Latina, Lib. IV. — Columella De Re Rustica Lib. I, capit. 6.

APPLICAZIONE

Degli esposti principii al caso presente.

Il signor Gaetano Trebbi ha aperto due finestre prospettive nel muro tergale di un suo edifizio, superedificato ad un antico stanzone.

L'Edifizio del sig. Gaetano Trebbi è contiguo ad altro edifizio appartenente al sig. Giovacchino Caruana.

Le finestre prospettive aperte dal sig. Trebbi corrispondono in un orto di proprietà del medesimo sig. Caruana.

Ambidue gli Edifizi e l'orto appartenevano anticamente alla Commenda Corbolina dell'Ordine Gerosolimitano di Malta, nelle cui ragioni è successo il sig. Giovacchino Caruana mediante l'atto di Concessione livellare de' 23 Settembre 1819.

L'orto del sig. Caruana è una vastissima estensione di terreno, tenuto a cultura di riprese; vitato; pomato; corredato di macchina idraulica; di stalla; e simili: è stato fino agli ultimi tempi, ed è tuttora affittato ad un ortolano, che ha sborsato Scudi 80 annui di canone di affitto.

Il sig. Giovacchino Caruana si è opposto all'apertura delle indicate finestre, allegando non essere permessa l'alterazione dell'antico stato dell'edifizio, quando da questa alterazione viene il suo orto a risentire un aggravio, che prima non aveva; e ciò in ordine alla *Servitù tacita non aperiendi fœnestras* indotta per la Destinazione del Padre di famiglia; ed anche perchè, non essendo permesso immettere nel fondo altrui, non si può permettere d'apertura di finestre, che, con lo sporgere della persona, le quali di tratto in tratto vi si affacciassero. darebbero luogo alla suddetta immissione.

Siccome l'apertura di finestre è un diritto consequenziale della edificazione, così non è veramente la Servitù negativa *non aperiendi fœnestras,* che si dovrebbe dire indotta, ma la Servitù *Altius non tollendi*: ma poichè si è veduto, che le servitù *negative* non possono indursi per la Destinazione del padre di famiglia, così per questa Destinazione non si potrà pretendere a carico dello edifizio del Sig. Gaetano Trebbi nè la Servitù *non aperiendi fœnestras*, nè l'altra *Altius non tollendi* ambedue negative.

Oltrechè la Destinazione non impone, che i fondi debbano in perpetuo conservare l'aspetto

materiale, che avessero avuto un giorno; ma unicamente consacra e ordina il rispetto alle Servitù *continue* ed *apparenti*, che si verificassero rispettivamente ne' fondi contigui provenienti dal medesimo proprietario. Ma nel caso presente non si tratta di alterare una servitù già costituita, perchè sarebbe mancata perfino la cosa materiale, ove attaccare il segno della riservata servitù: infatti sul nudo suolo non si attacca il segno della servitù di non potere edificare; nè sulla casa depressa il segno di non la potere innalzare: dunque riesce affatto inconcludente parlare di Destinazione del Padre di famiglia.

Che se l'orto rimane affetto dal prospetto che le aperte finestre eserciteranno, com'è stato lecito al Sig. Trebbi di usare del proprio diritto di aprirle, così sarà lecito al Sig. Caruana di sottrarsi da siffatto prospetto, contro edificando alle finestre aperte, lasciata la distanza voluta dalla *L. 12, Cod. De Ædif.* La qual libertà non gli sarà minimamente contrastata, perchè il prospetto, cui viene sottoposto l'orto, non è un effetto della imposizione di una servitù, come stortamente si pretende, ma un effetto consequenziale del legittimo esercizio competente al sig. Trebbi. — Che se fosse una servitù, non sarebbe permesso al sig. Caruana di controedificare alle finestre inibite.

Molto meno poi si può pretendere d'impedirne l'apertura pel riflesso della immissione discontinua nel fondo sottoposto. Lo sporgere delle persone non costituendo immissione, a che

prò parlare del *proietto* caratterizzato per servitù discontinua? La legge non riconosce nel *proietto* e nel *protetto* se non che servitù continue, le quali s'impongono mediante la costruzione di opere materiali e permanenti, che sporgono sul fondo del vicino senza riposarvi. — Ma qui invece si parlerebbe di persone, che di quando in quando sporgerebbero il capo fuori delle finestre; dunque manca il subietto della servitù *projiciendi vel protegendi.*

Oltrechè, concedendo la Legge potere sporgere sul fondo del vicino, ove fosse già costituita la servitù *projiciendi*, con opere di arti, purchè non si ecceda il *rigore* dell'antico stillicidio, perchè una volta occupata quell'aria, cui appunto la Legge intende di voler libera col vietare la costituzione del proietto o del protetto, riesce affatto indifferente, che si occupi con una sola o con più opere di arte; non si potrebbe anche per questo motivo impedire l'apertura delle finestre, posciachè sull'orto sottostante è costituita a favore dello Edifizio del sig. Trebbi un'amplissima servitù di projetto.

Non basta: essendo certissimo in fatto, che l'orto è fondo rustico, perchè tenuto a cultura utile, ed affittato ad un ortolano, cosicchè si esclude ogni speciale predilezione od affezione del proprietario; — che l'orto è assoggettato ad un prospetto quasi universale; — che però non vi è danno veruno pel medesimo ad autorizzare le finestre nello stabile del sig. Trebbi: — essendo altresi certo in fatto, che l'indole del sig. Trebbi è aborrente dai litigi, e che si diè

cura di evitare, per quanto ei potè, una lite; mentre per lo contrario amante delle quistioni e delle controversie è il sig. Caruana, che in luogo di scansare la lite, l'andò cercando; — una volta certo tutto questo in fatto, è altresì certo per le massime di diritto verificarsi la esistenza della Emulazione; nel concorso della quale la Inibitoria del sig. Giovacchino Caruana deve rivocarsi, fosse pure appoggiata ad un corredo di buone ragioni.

CONCLUSIONE

Dopo tutto quello, ch'io ho detto, parmi avere adempito al mio dovere. — L'Avvocato ha disimpegnato la sua parte. Spetta ora a Voi, Onorandissimi Giudici, a disimpegnare la vostra. Voi esaminerete le ragioni esposte; Voi ne librerete l'intrinseco valore con quella Integrità e Dottrina, speciale ornamento dei Tribunali Toscani. Di fronte a tanta chiarezza di principii; a tanta sicurezza di teorie; a tanta certezza di fatti, io non oso dubitare menomamente dell'esito di una difesa così giusta e coscenziosa, come è quella sostenuta da me. Imperocchè, dubitando, parrebbemi far torto a Voi ed a me. Soltanto una preghiera aggiugnerò, ed è questa: Che Voi, prestantissimi Giudici, abbiate riguardo alla natura speciale della quistione, la quale, comecchè volga sul tema delle servitù, anzichè considerarsi come la difesa di un cliente, è a riputarsi meglio la difesa di un principio, ed è però una quistione, che interessa l'ordine pubblico. — Io attendo tranquillo dalla Vostra Sapienza un Giudizio, che come ridonderà in onore della Scienza,

e sarà una riprova della Vostra Giustizia, provvederà pure con lo stabilire principii certi e indubitabili al bisogno della Pratica, cioè al bisogno universale, e gioverà per conseguenza al Pubblico interesse.

Firenze — Di Studio li 20 Marzo 1855.

Devotissimi
Avv. CARLO NICCOLÒ MARISCOTTI Est.
Dott. TOMMASO PAOLI Proc.

INDICE ALFABETICO

DELLE MATERIE

Tav. II.

...ottoposta Pianta
...ppresentata nella Ta...

H

A.B.

F

B.C.

G

D.E.

I

F.G.

I.I

B'

Aggetto della Tettoja

FIRENZE
Tip. Torelli, Barbano Stabile della Società Edificatrice.